This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

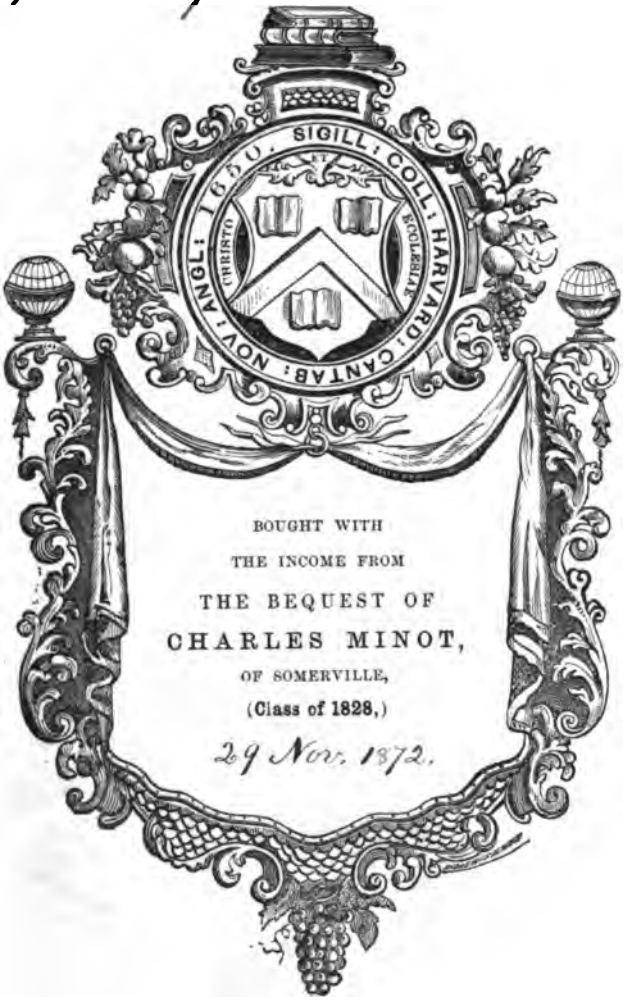
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

AH7148.87.5



BOUGHT WITH
THE INCOME FROM
THE BEQUEST OF
CHARLES MINOT,
OF SOMERVILLE,
(Class of 1828,)
29 Nov. 1872.

DAS

RÖMISCHE PFANDRECHT.

DAS

RÖMISCHE PFANDRECHT.

DAS

RÖMISCHE PFANDRECHT.

VON

J. J. BACHOFEN,

DER ZEIT MITGLIED DES APPELLATIONSGERICHTS DER STADT BASEL.

BASEL,

SCHWEIGHAUSER'SCHE BUCHHANDLUNG.

1847.

DAS

RÖMISCHE PFANDRECHT.

VON

J. J. BACHOFEN,

DER ZEIT MITGLIED DES APPELLATIONSGERICHTS DER STADT BASEL.

ERSTER BAND.

BASEL,

SCHWEIGHAUSER'SCHE BUCHHANDLUNG.

1847.

1872, Nov. 29.
Minot Fund.

HERRN

FRANZ DOROTHEUS GERLACH

ZUGEEIGNET.

Vorwort.

Der Plan, nach welchem die Bearbeitung des römischen Pfandrechts in dem vorliegenden Werke unternommen wird, weicht so sehr von dem der bisherigen Darstellungen ab, dass eine Erklärung und Rechtfertigung desselben nicht unterbleiben darf.

Unter den Schriften der römischen Juristen, aus deren Bruchstücken das zwanzigste Buch der Pandecten zusammengesetzt ist, nehmen die Commentare des Gaius und Marcian über die hypothecarische Klagformel die erste Stelle ein. Eine Prüfung und Vergleichung ihrer Ueberreste ergiebt die höchst wichtige Thatsache, dass jene Werke eine Darstellung der ganzen Pfandrechtsdogmatik nach Anleitung der Formelworte enthielten. Die hypothecarische Klage erscheint somit als die Grundlage einer Interpretation, welcher die Sätze des römischen Pfandrechts ihre Entstehung verdanken, sie ist der Schlüssel der ganzen Theorie. Mit ihr musste daher meine Darstellung eröffnet werden.

Diesem Gegenstande sind die vier ersten Abschnitte des vorliegenden Bandes gewidmet.

Das Klagrecht ist aber nicht die einzige Befugniss des Pfandgläubigers. Ihm tritt eine zweite zur Seite, das Recht der Befriedigung durch den Fruchtgenuss oder durch den Verkauf der Pfandsache. Ja hierin liegt der wahre Nutzen, der eigentliche Zweck jeder Pfandbestellung. Damit war der nächste Gegenstand der folgenden Darstellung gegeben. Auf die hypothecarische Klage musste die Betrachtung der materiellen in dem Pfandrecht enthaltenen Befugnisse folgen. Ich habe diesem Theil meiner Aufgabe besondere Aufmerksamkeit zugewendet, und dadurch eine fühlbare Lücke der bisherigen Bearbeitungen auszufüllen gesucht. Der Stoff wurde folgendermaassen geordnet: an der Spitze steht die Befriedigung durch Fruchtgenuss, sie hat den Vorrang der Zeit. Darauf folgt die erst später ausgebildete Verkaufsbefugniss des privatrechtlichen Conventionalpfandes und die dem öffentlichen Schatz an dem gesammten Vermögen des Staatsschuldners eingeräumte, zu der Veräusserung berechtigende, obligatio bonorum. Von der Regel des Pfandverkaufs giebt es aber nun einzelne Ausnahmen. Diese durften nicht übergangen werden. Wir finden ihrer zwei: das pignus in corpore redemti und das mit den prätorischen Missionen verbundene Pfand. Zwei weitern Fällen musste der Ausnahmecharacter abgesprochen werden: es sind diess das pignus als Wettpreis und das Rechtsverhältniss eines nach-

stehenden Pfandgläubigers. Alles Bisherige schliesst sich an die Geschichte des Pfandverkaufs an. Nach dieser folgt die Theorie desselben, das heisst die Darstellung der durch den Pfandverkauf hervorgerufenen Rechtsverhältnisse, alsdann die Pfandbefriedigung aus dem zufälligen Erwerb der Pfandsache. Der letzte Abschnitt endlich verfolgt die historischen Ergebnisse der Verkaufsbefugniss, insbesondere die Umbildung der fiducia nach dem Vorbild des pignus und die Verschmelzung von Eigenthums- und Besitzespfand, fiducia und pignus, zu einem System: dem der Hypothek. Diess der Inhalt des ersten Bandes. Der zweite wird die Interpretation der hypothecarischen Klagformel und in diesem Gewand die ganze Pfandrechtsdogmatik enthalten. Er unternimmt eine Darstellung der römischen Theorie in römischer Form, nach dem Vorbild der Werke des Marcian und Gaius. Nicht eitle Nachahmungssucht antiker Formen hat diesen Weg vorgezeichnet; zwar ist auch die Form nicht unwichtig, und ihr Werth für die richtige Reconstruction des Inhalts in dem juristischen Theile der Alterthumswissenschaft nicht geringer anzuschlagen als in den andern Zweigen der Philologie; aber mehr als diess leitete die Ueberzeugung, dass das volle Verständniss der römischen Rechtssätze nur auf dem gleichen Wege gewonnen werden kann, auf welchem sie selbst entwickelt worden sind. Ob der befolgte Grundsatz richtig und fruchtbringend ist, das kann schon nach diesem ersten

Bande beurtheilt werden. Im Einzelnen mag Manches versehen, Anderes vielleicht auch unhaltbar sein. Die Fülle des römischen Rechts umschliesst einen schwer zu beendigenden Stoff des Nachdenkens, und Irrthümer reden gar oft ein günstigeres Zeugniss als ungeprüfte Ueberlieferungen. Das ist es, womit ich meinen Anspruch und meine Hoffnung auf nachsichtige Beurtheilung begründe.

Basel, im März 1847.

Uebersicht des Inhalts.

		Seite.
I.	Das älteste Pfandrecht	1— 26
II.	Die serviana, quasi-serviana, pignoraticia in rem actio	27— 80
III.	Bedeutung der Pfandklage für die Theorie des Pfandrechts	81— 96
IV.	Verschiedene Behandlung des Pfandrechts und der übrigen iura in re.	97—138
V.	Die mit dem Besitzpfand verbundenen materiellen Befugnisse, insbesondere der Fruchtgenuss . .	139—156
VI.	Geschichte des Pfandverkaufs	157—190
VII.	Die rechtliche Selbstständigkeit des Verkaufsvertrags	191—210
VIII.	Die Einräumung des Verkaufsrechts von Seite eines bonæ fidei possessor und eines prædo. .	211—216
IX.	Die prædiatura	217—231
X.	Die fiscalische obligatio bonorum.	232—265
XI.	Die obligatio bonorum auf dem Gebiete der Privatforderungen	266—272
XII.	Die Fälle des Pfandrechts ohne Verkauf. I. Das Pfandrecht an dem redemtus	273—280
XIII.	Die Fälle des Pfandrechts ohne Verkauf. II. Die prätorischen Missionen	281—424
XIV.	Uebertragung des Pfandbegriffs auf die Missionen	425—480
XV.	Das pignus als Wettpreis	481—484
XVI.	Das Rechtsverhältniss eines nachstehenden Pfandgläubigers	485—558

		Seite.
XVII.	Die mit der Ausübung der Verkaufsbefugniss verbundenen Rechtsverhältnisse	559—609
XVIII.	Fälle, in welchen das Pfand auf andere Weise als durch Verkauf dem Gläubiger zur Befriedigung verhilft	610—627
XIX.	Folgen der Ausbildung des Pfandverkaufs: Umgestaltung der fiducia, die Hypothek	628—636
	Zusätze	637—654

DAS RÖMISCHE PFANDRECHT.

I.

Das älteste Pfandrecht.

---

1. Zwei Arten der Pfandbestellung sind dem römischen Volke seit den ersten Zeiten seines Daseins bekannt, eine civile und eine naturale, die fiducia und das pignus. Dort wird das Eigenthum verpfändet, hier der Besitz. Diese beiden Institute entwickeln sich völlig selbstständig neben einander. Jedes hat seine besondere Geschichte. Aber wie auf den andern Gebieten des römischen Privatrechts, so wird auch hier die rein civilrechtliche Gestaltung von der natürlichen in den Hintergrund gedrängt und zuletzt selbst theilweise von ihr umgestaltet. In der Zeit der klassischen Juristen ist dieser Sieg bereits errungen. Die justinianische Compilation endlich zeigt nur noch wenige schwer zu entdeckende Spuren der fiducia.[1]) So ruht die Theorie aller neuern Pfandrechte, so weit dieselben in dem römischen Systeme wurzeln, auf der Verpfändung des Besitzes. Unsere folgende Darstellung ist daher hauptsächlich der Entwicklung des pignus gewidmet. Das Recht der fiducia soll nur in so weit berücksichtigt werden, als es durch seinen

---

[1]) Eine solche hat Keller, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft XII. 400 ff. in Fr. 42 pr. De mort. caus. don. (XXXIX. 6.) nachgewiesen. — Uebrigens Fr. 9 § 2. De pign. act. (Unten I. 10. n. 1.) Fr. 16. § 5. De P. et H.

Gegensatz oder durch seine spätere Umgestaltung die Kenntniss der Besitzes-Verpfändung zu fördern vermag.

2. Bei jeder Art der Verpfändung, mag das Eigenthum oder der Besitz Gegenstand des Versatzes sein, entsteht die doppelte Frage: in welcher Weise ist für die Sicherheit des Gläubigers im Falle seiner Nichtbefriedigung, in welcher für die Rechte des Schuldners nach geleisteter Zahlung gesorgt? Beide Ansprüche verdienen gleiche Berücksichtigung. Von der Möglichkeit, sie beide gleichmässig geltend zu machen, hängt die Vollkommenheit der Verpfändungsform selbst ab. Nach diesem Maasstabe gebührt dem Rechte der fiducia eine der ersten Stellen unter den Formen der Real-Caution überhaupt. Der Gläubiger erhält das höchste Recht an der Pfandsache. Auf ihn wird nicht nur die rechtliche Dispositionsfähigkeit, sondern auch die Möglichkeit den Besitz so wie den Fruchtgenuss der Sache jeden Augenblick an sich zu ziehen, übertragen. Die Rechte des Schuldners dagegen sind durch den mit der mancipatio oder in jure cessio[1]) verbundenen Vertrag der Rückübertragung nach erfolgter rechtzeitiger Befriedigung,[2]) durch die Möglichkeit, mit dem Eigenthum des Gläubigers den Fruchtgenuss des Schuldners in Form von Precarium oder Verpachtung zu vereinigen,[3]) durch die besondere Natur der fiduciæ actio, welche den Treubruch des Gläubigers mit Infamie bestraft[4]) und durch ihre Qualität als bonæ fidei actio den Rich-

---

[1]) Gaius II. 59. III. 201. Isidor. V. 25. § 23. Durch die in iure cessio ist die fiducia auf die res nec mancipi und auf res incorporales anwendbar. Die Tradition ist offenbar ausgeschlossen, obwohl auch sie die nec mancipi res ins quiritarische Eigenthum bringt. Daher kann Sklaven und Hauskindern niemals fiducirt werden. Der Grund der Ausschliessung liegt in der Unmöglichkeit, mit der Tradition in ähnlicher Weise wie mit der Mancipation und in iure Cession das pactum fiduciæ zu verbinden. Vergl. Fr. vat. § 47.

[2]) Gaius II. § 60. Boethius ad Cic. Top. c. 10. (Or. p. 340.) Vgl. Curtius vita Alexandri L. IX. compositis rebus iusto regi tibi fiduciarium restituet imperium. Hirt. bell. alex. c. 23. Livius XXXII. 38.

[3]) Gaius II. 60. Vgl. Isidor V. 25. 17.

[4]) Cic. pro Q. Roscio Comœdo c. 6. pro Cæcina c. 3. de nat. deorum III. 30. de offic. III. 17. epist. ad fam. VII. 12. Lex iulia munic. v. 108—111. (Haubold mon. leg. p. 123.)

ter zu der freiesten Erwägung der gegenseitigen Ansprüche beider Contrahenten berechtigt,[5]) endlich durch die Zulassung der usureceptio jeder fiducirten Sache in Folge einjährigen Besitzes des Schuldners[6]) mit allem erforderlichen Schutz umgeben. In *einem* Punkte jedoch trifft die fiducia der Vorwurf grosser Härte. Die nicht rechtzeitige Zahlung bringt den Schuldner um all seine Ansprüche. Auf das Misverhältniss zwischen der Höhe der Forderung und dem Sachwerthe wird keine Rücksicht genommen. Von einer Rückgabe des Ueberschusses ist niemals die Rede, die spätere Wiedereinlösung unmöglich. Diese Rechtssätze erlitten späterhin eine Abänderung. Die fiducia wurde nach dem Vorbilde des pignus vervollkommnet. Zu den frühern Ansprüchen des Schuldners trat nun auch der auf Ausgleichung des Sachwerths mit dem Betrag der Forderung. Die fiduciæ actio gieng von nun an nicht nur auf die Rückgabe der Sache selbst, sondern ebenso auch auf Rückgabe des Ueberschusses aus dem Erlöse.[7]) Darin lag eine neue Garantie für die Fortdauer des ganzen Instituts neben der Pignoration. Durch urkundliche Belege lässt sie sich bis ins vierte Jahrhundert nach Christi Geburt herabführen. Sie findet sich in einem Gesetze der Kaiser Arcadius und Honorius,[8]) ebenso in den Schriften des Ambrosius[9]) und Sidonius Apollinaris.[10]) Erst durch die Aufhebung der Mancipation und des Unterschiedes zwischen mancipi und nec mancipi res unter Justinians Regierung[11]) wurde ihr aller Boden entzogen.

[5]) Die Formel hatte den Beisatz: ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione Cic. de offic. III. 17. epist. ad fam. VII. 12. Daher musste der Richter den durch die fiducirte Sache vermittelten Erwerb, eben so umgekehrt die Auslagen des Gläubigers mit in Anschlag bringen. Vgl. Paulus II. 13. §§ 2. 17.

[6]) Gaius II. 60. III. 201.

[7]) Ueber diess spätere Recht Paulus R. S. I. 8, 9. II. 13. §§ 1. 2. 3. 4. 5. 6. III. 6, §§ 16. 69. V. 1. § 1. V. 26. §. 4.

[8]) L. 9. Th. C. de inf. his quæ sub tyr. (XV. 14.)

[9]) De Tobia c. 12.

[10]) Ep. IV. 24.

[11]) L. un. C. de usuc. transf. (VII. 31.) Vgl. J. Gothofredus ad L. c. Th. C. Schulting ad Pauli S. R. II. 1. 3. § 1. Conradi parerga de pacto fiduciæ exercit. II. §§ 17. 18. Büchel Dissert. de fiduc. § 20. Zachariæ commentatio de fiducia. c. IV. p. 54.

3. Die Besitzesverpfändung ist ebenso alt als die fiducia. Ja sie lässt sich urkundlich weiter hinauf zurückführen als die letztere. Zunächst treffen wir sie auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts. In den Händen der Magistrate war die pignoris capio wie die mulctæ dictio ein Mittel, Gehorsam und Pflichterfüllung von Privaten sowohl als von Senatoren zu erzwingen. Von diesem Rechte sollen schon die Decemvirn Gebrauch gemacht haben.[1]) An Beispielen aus der spätern Zeit fehlt es bei Cicero,[2]) Livius,[3]) Dionysius von Halicarnass[4]) vollends nicht. Wichtiger ist die Anwendung des pignus als Sicherungsmittel für Privatforderungen. Auf diesem Gebiete tritt die Besitzesverpfändung in einer doppelten Gestalt auf: bald als gesetzlich oder durch Gewohnheit anerkanntes Pfändungsrecht; bald in der Form eines Vertrages. An jenem hat der Partheiwille keinen Antheil, während er für dieses ganz allein entscheidet. Die legis actio per pignoris capionem, welche die Sitte ursprünglich blos dem Soldaten wegen des Soldes (æs militare) gegen den tribunus ærarius, dem Ritter wegen der Ankaufssumme des Pferdes (æs equestre) und wegen des Futtergeldes (æs hordiarium) gegen die mit dieser Leistung belasteten Wittwen[5]) nachgesehen hatte,[6]) wurde in den XII Tafeln auch dem Verkäufer eines zum Opfer bestimmten Thieres, ebenso dem Vermiether eines Zuges, dessen Miethzins zur Bestreitung der Opferkosten bestimmt worden war, gegen den säumigen Schuldner eingeräumt.[7]) Einem spätern vielleicht censorischen Gesetz verdanken endlich auch die Publicanen dasselbe Zwangsmittel gegen säumige Steuerpflichtige.[8]) Der gewaltsame Ein-

1) Livius III. 39.

2) De oratore III. 1. Philippica I. 5.

3) XXXVII. 51. XLIII. 16.

4) Lib. VIII. Sylb. p. 548. οὐ προσιόντων δε — — τὰ χρήματα φέρειν. Gegen die, welche den Kriegsdienst verweigern, wird pignoris capio angeordnet.

5) Livius I. 43.

6) Gaius IV. 27. Cato apud Gellium VII. 10.

7) Gaius IV. 28. Bei dieser Gelegenheit sprachen die XII Tafeln von dem pignus Fr. 238 § 2. De V. S. (L. 16.)

8) Gaius IV. 28. in fine. Vgl. Cic. in Verrem III. 12. Fr. 2. § 20 Vi bon. rapt. (XLVII. 8.)

griff in das Vermögen, welcher dieses Pfändungsrecht auszeichnete, und der dadurch besonders drückend wurde, dass er ohne Mitwirkung des Magistrats, ja in Abwesenheit des Eigenthümers[9]) vorgenommen werden konnte, liess sich in jener alten Zeit, in welcher das bürgerliche Freiheitsgefühl jedem direkten Angriff des Vermögens abhold war, allein durch das hohe öffentliche Interesse rechtfertigen, das jene Fälle insgesammt auszeichnete.

Die vertragsmässige Besitzesverpfändung ist in der Regel mit der Tradition der Pfandsache verbunden; sie ist, was die deutsche Sprache Versatz oder Faustpfand, die römische pignus[10]) nennt. Rechtliche Anerkennung fand sie zunächst nur in dieser Form. Der Besitz gilt nur in Folge der Tradition als verpfändet. Daneben findet aber auch die blosse Pfandberedung in der Machtvollkommenheit der Magistrate einen ausserordentlichen Schutz. Der Besitz wird hier auch ohne Tradition verpfändet. Diese beiden Fälle des Besitzversatzes mit und ohne Tradition sollen nun genauer betrachtet werden. In ihnen liegt der Ausgangspunkt einer Entwicklung, welche ohne alle gesetzliche Nachhilfe zu der Ausbildung des klassischen Hypothekenrechts führte.

1. Die Verpfändung des Besitzes durch Hingabe der Sache ist eine so natürliche Rechtshandlung, dass ihre Uebung schon für die älteste Zeit auch ohne bestimmte Zeugnisse niemals bezweifelt werden dürfte. Nun aber fehlt es selbst nicht an urkundlichen Belegen völlig unbezweifelbarer Glaubwürdigkeit. Unter den Realcontracten des alten Civilrechts begegnen wir auch dem Faustpfand. Die Uebertragung des Pfandbesitzes begründet die Verpflichtung zur Rückgabe nach geleisteter Befriedigung. Die Ursprünge dieses Contractes verlieren sich in dem höchsten Alterthum. Dazu kommt die bekannte von Festus erhaltene Stelle aus dem latinischen Bündnisse, in welchem

---

[9]) Gaius IV. 29.

[10]) Fr. 238 § 2. De V. S. (L. 16.) Die Unrichtigkeit der Etymologie ist für die Bedeutung selbst gleichgiltig.

Sp. Cassius im Jahr 261 der Stadt die Isopolitie zwischen Rom und Latium begründete.

Festus. vox *Nancitor* (Müller S. 166).

Nancitor in XII nactus erit, præno erit.[1]) Item in fœdere latino: «*pecuniam quis nancitor, habeto*»; et: «*si quid pignoris nanciscitur*[2]) *sibi habeto.*»

Darlehn und Besitzverpfändung unter den Angehörigen beider Völker werden garantirt.[3]) Aber in welchem Umfang? Ist blos der übertragene Besitz oder schon die Pfandberedung mit rechtlichem Schutz umgeben? Alles hängt von der Auslegung des Wortes nancitor[4]) ab. Festus und Donat zu Terentius[5]) erklären es durch prehendere, verstehen es also offenbar von jeder Apprehension des Besitzes. Der Gläubiger wird also nicht nur in dem Besitz des Pfandes, sondern ebenso auch in der Ausübung des vertragsmässig eingeräumten Apprehensionsrechtes geschützt. — Eine Beschränkung im Objecte ist dem Bündniss völlig fremd. Was immer als Pfand hingegeben ist (si quid pignoris), wird anerkannt, also nicht nur bewegliche, sondern ebenso unbewegliche Sachen, auch wenn deren Eigenthum von dem Gläubiger nicht erworben werden kann,[6]) ferner mancipi und nec mancipi res ohne Unterschied. — Der Ausdruck habere endlich geht hier nicht auf das Eigenthum, sondern lässt sich mit Paulus durch obtinere sine interpellatione umschreiben.[7])

Die Besitzesverpfändung, welche wir hier unter Angehörigen verschiedener Völker finden, empfahl sich auch den römischen Bürgern untereinander durch besondere Vorzüge. Das lässt sich zwar nie verkennen, dass die Verpfändung des

---

[1]) l. prænderit. Cuiac. Obss. X. 11.

[2]) l. nancitor.

[3]) Huschke, das Nexum S. 204. n. 322, denkt ohne Grund an ein Pfändungsrecht, ähnlich dem durch die legis actio per pignoris capionem sanctionirten.

[4]) In ähnlicher Bedeutung wird nancisci von pignus auch in unsern Rechtsquellen gebraucht. Fr. 68. pr. De leg. III. (XXX. 1.) Vgl. Fr. 38. De pign. act.

[5]) Hac. IV. 4. 59.

[6]) Fr. 24. De P. et H.

[7]) Fr. 38. § 9. De V. O. (XLV. 1.) Fr. 188 pr. De V. S. (L. 16.)

Eigenthums dem Gläubiger einen weit höhern Grad von Sicherheit gewährte als die des blossen Besitzes; allein der Umfang, in welchem die letztere zur Anwendung kommen konnte, sicherte ihr ein entschiedenes Uebergewicht. Alle besitzfähigen Gegenstände liehen sich dem pignus, unkörperliche so gut als körperliche, und unter diesen auch diejenigen, welche wie die Staatsländereien und die Pfandsachen selbst, dem Verpfänder nur dem Besitz nach gehörten. Dazu kam die Form der Bestellung, die einfache Tradition, zuweilen, insbesondere bei Grundstücken, mit einer urkundlichen Beschoinigung der vacua possessio.[8]) Hierdurch wurde der Erwerb des pignus auch solchen Personen zugänglich, welche wegen ihrer Abhängigkeit von der Gewalt eines Andern weder durch Mancipation noch durch in jure cessio etwas erwerben konnten.[9]) Auch die Rechtsmittel zum Schutze des Pfandbesitzes waren völlig genügend. Der Gläubiger bediente sich der possessorischen Interdicte wie jeder andere Besitzer, stets unter Anrechnung der Besitzeszeit des Schuldners, bei dem pignus pignori datum sogar des ersten Verpfänders.[10])

5. Die Verpfändung des Besitzes durch blossen Vertrag hatte ihren Grund in dem Bedürfnisse des Lebens. Es gab damals wie heut zu Tage Rechtsverhältnisse, mit welchen die körperliche Uebertragung des Besitzes auf den Gläubiger geradezu unvereinbar war. Als Fälle, auf welche diess eine ganz regelmässige Anwendung findet, müssen wir die Pacht- und Miethverhältnisse an ländlichem und städtischem Grundeigenthum bezeichnen. Wie kann der Colone den Besitz seines Gutsinventars, wie der Inquiline seinen Hausrath entbehren? Hier half man sich durch vertragsmässigen Versatz. Die beschwerliche Weitläufigkeit der fiducia verbunden mit precarium wurde verschmäht. Wir wollen die beiden hervorgehobenen Verhältnisse nunmehr genauer betrachten. Die grössere Wichtigkeit hat der Versatz des Colonen. Mit ihm verknüpft

[8]) Eine solche gibt Huschke: instrumentum donationis. p. 11. 46.
[9]) Hierauf beziehen sich Fr. 1. § 42 Depos. (XVI. 3.) Fr. 36 De pec. (XV, 1.)
[10]) Fr. 14. § 3. De div. temp. præscr. (XLIV. 3.)

sich ein Wendepunkt in der rechtlichen Entwicklung der Besitzesverpfändung. Dazu kommen die eigenthümlichen Schwierigkeiten der Quelleninterpretation, erhöht durch die seit Jahrhunderten angehäuften Irrthümer. Alles Gründe genug, um dem Landpacht in unserer Darstellung den Vortritt zu lassen.

Durch einen glücklichen Zufall sind uns in Catos Schrift vom Landbau die Formeln erhalten, in welchen der Colone dem Gutsherrn das Versatzrecht einräumt. Wir legen diese unserer folgenden Darstellung zu Grunde. Dem Pächter einer Oel- oder Weinlese werden folgende Verpflichtungen vorgeschrieben: [1])

Dies argento ex K. Nov. mensium X. oleæ legendæ faciundæ quæque locata est, et si emtor locarit, idibus solvito. Recte hæc dari fierique satisque dari domino, aut cui iusserit, promittito satisque dato arbitratu domini. *Donicum solutum erit, aut ita satisdatum erit, quæ in fundo illata erunt, pigneri sunto. Ne quid eorum de fundo deportato. Si quid deportaverit, domini esto.* — Si emtor legulis et factoribus, qui illic opus fecerint, non solverit, cui dari oportebit, si dominus volet, solvat. *Emtor domino debeto et id satisdato, proque ea re ita uti supra scriptum est, item pigneri sunto.*

Ganz ähnlich wird der Pächter einer Winterweide behandelt.[2])

Si quid emtor aut pastores aut pecus emtoris domino damni dederit, boni viri arbitratu resolvat. Si quid dominus aut familia aut pecus emtori damni dederit, viri boni arbitratu resolvetur. *Donicum pecuniam satisfecerit aut delegarit, pecus et familia, quæ illic erit, pigneri sunto. Si quid de iis rebus controversiæ erit, Romæ iudicium fiat.*

Bei der Schäfereipacht endlich haftet der Hirtensklave:[3])

Conductor duos menses pastorem præbeat. *Donec domino satisfecerit aut solverit, pigneri esto.*

In den Einzelnheiten dieser Vertragsentwürfe finden sich

[1]) C. 146. 148. ed. Gessner.
[2]) C. 149.
[3]) C. 150.

manche Verschiedenheiten.[4]) Bald werden die Illaten im Allgemeinen, d. h. das ganze todte Inventar, bald Heerde und Sklaven, bald der Hirte zum Pfand gesetzt. Hier ist es nur der Pachtzins, dort überdiess noch die eine oder die andere Art von Geldauslagen, welcher die Sicherheit gilt. Nicht weniger verschieden sind die Bestimmungen über die Dauer des Versatzes. Bei der Oel- oder Weinlese endet er mit der Zahlung oder Acceptilation,[5]) bei der Winterweide mit Satisfaction oder Delegation, bei der Schäferei mit Zahlung oder anderer Genugthuung.[6]) Endlich ist das Verbot der Wegschaffung von Inventarstücken und der damit verbundene commissorische Vertrag dem Pacht einer Oel- oder Weinlese ausschliesslich eigen. Diese Verschiedenheiten sind um so beachtungswerther, da sie ihren Grund offenbar nicht in der Willkühr des Schriftstellers, sondern in der festen Uebung und Gewohnheit des Volkes haben. In einem Punkte stimmen aber die catonianischen Pachtformeln alle mit einander überein: in der Besitzes-Verpfändung durch blossen Vertrag und diese Erscheinung ist gerade die Hauptsache. Die Bedeutung derselben kann nur aus dem Parteiwillen selbst abgeleitet werden. Sollen wir etwa an eine *persönliche* Verpflichtung des Schuldners zur Uebertragung des Besitzes denken? Das ist mit der Verpfändungsformel pigneri sunto und mit der Natur einer Realcaution gleich unvereinbar. Der Besitz selbst soll versetzt sein, und zwar gleich mit dem Abschluss des Vertrags, ohne weitere Dazwischenkunft des Schuldners; aber er soll versetzt sein ohne Tradition als wäre tradirt. Mit andern Worten: der Gläubiger erhält statt des

---

[4]) Noch andere treten in den Stellen der Pandecten hinzu. Z. B. Fr. 11. § 2. Qui pot. — convenit, ut inducta in fundum, illata, ibi nata pignori essent. Die Verpfändung der Früchte wird stillschweigend ergänzt. Fr. 7 pr. In quib. caus. Fr. 14. Quib. mod. pign. — convenit, ut invecta importata pignori essent, donec merces tibi soluta, aut satisfactum esset. Illata importata umfasst das ganze eingebrachte lebende und todte Inventar.

[5]) Vgl. Fr. 49. De solut. (XLVI. 3.) Unten II. 17.

[6]) Wie diese Alternative in dem spätern Recht behandelt wurde, s. Fr. 6. Quibus mod. pign. Vgl. Fr. 14. D. eod.

Besitzes das Recht zu willkührlicher Besitzergreifung. Das ist der Partheiwille, das der Inhalt des Vertrages.[7])

6. Von dem Inhalt ist der Rechtsschutz zu unterscheiden. Nicht jedem Partheiwillen ertheilt der Staat seine Sanction, nicht jedem Verkommniss verspricht er seine Hilfe. Es liesse sich also immer noch an der rechtlichen Anerkennung jener von den Partheien beabsichtigten Besitzes-Verpfändung zweifeln. Man könnte behaupten, die Aufrechterhaltung der Paction sei dem guten Willen der Contrahenten anheimgestellt. Allein man müsste zugleich anerkennen, dass diese Annahme die Gränze der Wahrscheinlichkeit überschreite, dass die Wirksamkeit jeder Caution Zwang des Willens voraussetze, und dass wohl Cato eine rechtlich unwirksame Verabredung niemals in seine Pachtentwürfe aufgenommen haben würde. Ein Rechtsschutz lässt sich also nicht bezweifeln. Aber welcher Art war derselbe? Zwei Möglichkeiten stellen sich dar. Jede Rechtshilfe hat entweder in den Bestimmungen des ius civile oder in der Machtvollkommenheit der Magistrate ihren Ursprung. Jene theilt alle Vorzüge, durch welche sich das Volksrecht, seine Quelle, auszeichnet, sie ist ewig wie dieses und von jeder besondern Bewilligung unabhängig; — letztere dagegen findet nur so weit Anerkennung, als die Autorität des Magistrats sie durchzuführen vermag. Auf diesen beschränktern Schutz war der Gläubiger angewiesen. Das Civilrecht kannte nur die Verpfändung des Eigenthums, die Verpfändung des Besitzes

---

7) Diess Recht willkührlicher, durch keinen Richter vermittelter Apprehension wird mehrfach anerkannt. So heisst es von dem salvianum ausdrücklich, es werde «*apprehendendi* pignoris gratia» gegeben. Fr. 1 pr. De salv. int. (XLIII. 33.) In der lex romana Burgundionum kommt unter dem Titel: de *ablatis pignoribus* et fideiussoribus folgende Stelle vor: obligatis cautione mancipiis, debitor promisit, se usuras præstaturum. *Ea mancipia creditor intra statutum tempus de domo debitoris abduxit*; operas eorum in usuras specialiter imputandas sub eodem Hermogeniani tit. lege comprehensum est. Daher wird ausdrücklich hervorgehoben, dass die Apprehension des Pfandes keine vis enthalte. Paulus R. S. V, 26. § 4. Fr. 5. 6. De acq. vel am. poss. (XLI. 2.) L. 3. C. de P. et H. Cassioder Var. IV. 10. nec liceat cuiquam sua sponte, *nisi obligatum forsitan*, pignus auferre. — Vgl. Fr. 30. De pign. act. Auch ein furtum fällt dem Gläubiger nicht zur Last. Fr. 57. De furt. (XLVII. 2.)

wurde wie der Besitz selbst durch die Magistrate geschützt. Darüber ist nicht der mindeste Zweifel möglich. Die ganze Geschichte der Besitzesverpfändung bestätigt die aufgestellte Behauptung. Von der definitiven Aufnahme des salvianum ins prätorische Edict bis zu der Ausbildung der hypothekarischen Formel ist immer nur der Prätor thätig. Daher auch die streng interpretirende Richtung der römischen Jurisprudenz auf unserm Gebiete, verbunden mit der ausgedehntesten Berücksichtigung der Billigkeit, zwei Erscheinungen, durch welche sich die Institute des Civilrechts nicht in gleichem Grade auszeichnen. Der Prätor lieh dem Gläubiger seinen Schutz in derselben Form, deren er sich überall bediente, wo die Schlichtung eines Rechtsstreites allein auf seine Vermittlung angewiesen war. Er erliess einen einfachen Befehl, hier einen verbietenden, ein Interdictum im eigentlichen strengen Sinne des Wortes.[1]) Dem Schuldner wird untersagt, der Apprehension des Pfandbesitzes von Seite des Gläubigers irgend ein Hinderniss in den Weg zu legen, also überhaupt etwas zu unternehmen, wodurch er sein eigenes früheres Zugeständniss Lügen strafen würde. Auch hiefür fehlt es nicht an Beweisen. Wir machen zuerst auf den nothwendigen Zusammenhang zwischen dem Inhalt des Zugeständnisses und der Fassung des prätorischen Befehls aufmerksam. Nicht die Uebertragung des Besitzes wurde dem Gläubiger zugesagt, es geschah mehr; das Besitzrecht selbst wurde ihm eingeräumt, mithin die jeweilige Apprehension gestattet. Der prätorische Befehl konnte daher unmöglich auf Restitution lauten, er musste prohibitorisch gefasst sein. Der Inhalt des Vertrags verlangte Induction des Gläubigers, nicht Restitution des Schuldners, und dazu eignete sich hauptsächlich die Untersagung des gewaltsamen Widerstandes.[2]) Noch mehr. Zeugnisse der spätern Zeit sprechen von dem prätorischen Schutze der Besitzapprehension

---

[1]) Gaius IV. 139. 140.

[2]) Venuleius libro I. Interdictorum in Fr. 52. § 2. De acq. vel am. poss. (XLII. 2.) Species inducendi in possessionem alicuius rei est, prohibere ingredienti vim fieri; statim enim cedere adversarium et vacuam relinquere possessionem iubet, quod multo plus est quam restituere.

in Ausdrücken, welche nur allein von einem Verbote verstanden werden können. Paulus[3]) nennt den prätorischen Befehl schlechtweg interdictum, ohne allen Beisatz, er kann also nur an ein Verbot denken; und ein Rescript der Kaiser Severus und Antoninus gestattet zwar in Folge des Pfandvertrags die Apprehension des Besitzes, verlangt aber zugleich die Genehmigung derselben, mithin die Induction des Gläubigers von Seite des præses.[4])

7. An den Interdictsschutz der Besitzesapprehension schliesst sich das salvianum an.[1]) Was früher in jedem einzelnen Fall besonders verlangt und besonders bewilligt werden musste, das erhielt durch die Aufnahme in das prätorische Edict den Character eines von der magistratischen Willkühr unabhängigen Rechts und zu gleicher Zeit feste unabänderliche Bedingungen, die Grundlage einer sichern Theorie. Danach bestimmt sich das Gewicht dieses Fortschrittes für die Entwicklung der Besitzesverpfändung. Es ist bald überschätzt, bald zu gering angeschlagen worden: überschätzt, indem man das salvianum als den ersten Anfang der Besitzesverpfändung durch blossen Vertrag und als einen Zuwachs der plebejischen Freiheit, ähnlich dem der licinischen Gesetzgebung, betrachtete,[2]) — zu gering angeschlagen, insofern man es einfach als das stehend gewordene Formular einer durch lange Uebung ausgebildeten auctoritas behandelt.[3]) Jede dieser Meinungen übersieht den richtigen

---

[3]) R. S. V. 6. § 16. Omnibus bonis quæ habet quæque habiturus est obligatis, nec filius naturalis, nec alumnus, nec ea, quæ in usu quotidiano habet, obligantur; ideoque de his nec interdictum redditur.

[4]) L. 3. C. de P. et H. Creditores, qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate præsidis possessionem adipisci debent. (a. 205.) Dazu Paulus R. S. V. 26. § 4. — Fr. 30. De pign. act.

[1]) Gaius IV. 147. Interdictum quoque, quod appellatur salvianum, apiscendæ possessionis (causa) comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset. Fr. 2 § 3. De int. (XLIII. 1.) D. XLIII. 33. De salviano interdicto. C. VIII. 9. De precario et salviano interdicto. § 3. I. de interdictis (IV. 15.) Dazu Theophilus.

[2]) Puchta, Cursus der Institutionen § 251. Bd. II. 727.

[3]) Rudorff, die Pfandklagen. Zeitschrift für geschichtliche R. W. B. XIII. 205.

Zusatz der andern. Die letztere insbesondere verkennt die mit der Aufnahme in das Edict verbundenen wichtigen Folgen, die Unabhängigkeit von der prätorischen Willkühr in Gestattung oder Versagung seines Rechtsschutzes und den dadurch gewonnenen Anhaltspunkt für die Bildung einer festen Theorie. Diese ist nunmehr die nächste Aufgabe unserer Darstellung. Kein einziger Punkt derselben ist unbestritten geblieben. In keinem Theile des Pfandrechts herrscht Zweifel und Unsicherheit in gleichem Grade.

Die prohibitorische Fassung kann nach dem Obigen nicht bezweifelt werden.[4]) Sie wird überdiess durch zwei sehr gewichtige Umstände unterstützt: durch die Fassung des interdictum de migrando, welches die Abduction von Seite des Schuldners, wie das salvianum die von Seite des Gläubigers zu schützen bestimmt ist,[5]) und durch die Ordnung der Darstellung, welche die Pandekten nach dem Vorgange des Edictes befolgen.[6]) — Auch über die Zeit der Anstellung ist Alles in Ordnung. Der Gutsherr hat von dem Tage der Illation das Recht der Besitzergreifung, mithin von derselben Zeit den Schutz des Interdicts. Auch hiefür entscheidet zuerst die Analogie des interdictum de migrando, welches vor dem Verfalltage ausser gegen das Angebot des Miethzinses versagt wird,[7]) alsdann das Recht der spätern Zeit,[8]) zuletzt die Unmöglichkeit, auf

[4]) Als weiteres Beispiel eines interdictum adipiscendæ possessionis mit prohibitorischer Fassung nennt Rudorff am angeführten Ort S. 210 das in Fr. 2 §. 3. De interd. (XLIII. 1.) erhaltene: quo itinere venditor usus est, quo minus emtor utatur, vim fieri veto.

[5]) D. XLIII. 32. De migrando: — quo minus ei, qui eum (hominem) pignoris nomine induxit, inde abducere liceat, vim fieri veto. D. XLIII. 33. De salviano interdicto.

[6]) Die drei letzten Interdicte des XLIII. Buchs vor dem salvianum sind sämmtlich prohibitorisch: de liberis ducendis, utrubi, de migrando. Rudorff a. a. O. S. 211. n. 59.

[7]) Fr. 1. § 4. De migr.

[8]) Fr. 14. pr. De P. et H. Quæsitum est: si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit? Et puto, dandam pignoris persecutionem, quia interest mea, et ita Celsus scribit. Schon der Ausdruck pensio zeigt, dass hier von Pacht und Miethe die Rede ist. In andern Fällen gilt nicht dasselbe Fr. 5. § 1. Quib. mod. pign. So auch Rudorff a. a. O. S. 217.

andere Weise für die Sicherheit des Gutsherrn gegen Beeinträchtigungen des Colonen zu sorgen. Freilich lag es in dem Interesse des Gläubigers, den Landbau nicht etwa durch unnöthige Beschlagnahme des Ackerinventars vor der Zeit zu unterbrechen, ja er konnte ohne Zweifel für einen solchen Vertragsbruch mit der Pachtklage zur Rechenschaft gezogen werden; dadurch erklärt sich die Stelle des Theophilus, welcher eine Verzögerung in der Entrichtung des Pachtzinses seiner Darstellung zu Grunde legt.[9]) — Am meisten wird über die Person des Beklagten gestritten. Wir wollen sehen, ob nicht der Standpunkt, auf welchen uns unsere obige Ausführung stellt, die Quellenzeugnisse zu einem in sich consequenten System zu vereinigen vermag. Durch das salvianum soll die Apprehension des Besitzes gegen den Widerstand des Schuldners, der dadurch seinem eigenen Zugeständniss zuwider handelt,[10]) geschützt werden.[11]) Gegen einen dritten Besitzer, der die Apprehension gegen sich nicht eingeräumt hat, kann das salvianum eben desshalb unmöglich angerufen werden. Glücklicherweise ist uns in einem Rescripte Gordians ein ausdrückliches, ganz unzweideutiges Zeugniss dieser Beschränkung erhalten.[12]) Damit

---

9) Ad § 3. I. de interd. (IV. 15) — — *ἐὰν γαρ ἐγνομονήσῃ, κατὰ παντὸς κατέχοντος τα τοῦ κολονοῦ πράγματα κινηθήσεται το Σαλβιάνειον ἐντέρδικτον.*

10) Vgl. L. 23 C. de P. et H. cum hoc solum pactum vel iurisdictio secundum ipsius voluntatem tueatur.

11) Fr. 1. pr. De salv. int. (Iulianus) — eius (sc. pignoris) *apprehendendi gratia* utile interdictum reddi oportet. Damit stimmt die Bestimmung in Fr. 57. De furt. (XLVII. 2.) überein. Cum creditor rem sibi pignoratam aufert, non videtur contrectare, sed pignori suo incumbere.

12) L. 1. C. de pr. et salv. int. Si te non remittente pignus, debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venumdedit, integrum tibi ius est, ea persequi, non interdicto salviano — *id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit* — sed serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis adversus emtorem exercenda. Vgl. Puchta, Cursus II. 729 c. Eine allerdings neue, aber eben so unhaltbare Erklärung hat nun Rudorff a. a. O. S. 221—225 versucht. Er legt alles Gewicht auf die Worte: «te non remittente pignus», versteht diese von einem Verkauf, bei welchem der Gläubiger gesagt hat, sein Pfandrecht nicht aufgeben zu wollen (nach Fr. 4. § 1. Quib. mod. pign.), und erklärt nun die Entscheidung Gordians von einem Verzicht in Folge der Einwilligung in die Veräusserung. Wir wollen nun nicht läugnen, dass jene Interpretation der fraglichen Worte

wird aber nun keineswegs gesagt, dass der Widerstand nothwendig von dem Colonen in eigener Person geleistet werden müsse; er kann eben so gut von seinen Leuten, Freien oder Sklaven, selbst von denen des Unterpächters [13]) ausgehen, wenn diese ihren Besitz gegen die Apprehension des Gutsherrn vertheidigen. Darauf ruht die Darstellung des Theophilus.[14]) Aber

möglich ist, aber Rudorff baut seine ganze Schlussfolgerung nicht sowohl auf das non remittere, als auf das consentire, nicht auf den ausdrücklichen Vorbehalt des Pfandrechts, sondern auf die Einwilligung in die Veräusserung, in dieser soll ja der Verzicht liegen. Aber gerade dieser Einwilligung gedenkt Gordian mit keiner Sylbe. Er hätte sonst schreiben müssen: si te consentiente sed non remittente pignus, gerade wie diess in Fr. 4. § 1. Quib. mod. pign. geschieht. Der Wortsinn ist also der Rudorff'schen Erklärung durchaus ungünstig. Auch sage man nicht, das «te non remittente pignus» stehe nach der gewöhnlichen Auffassung ganz müssig da. Keineswegs. Hätte der Gläubiger ausdrücklich entsagt, so würde der Kaiser die serviana nicht weiter gestatten. Die non remissio ist also von Bedeutung für die Gestattung der serviana; mit der Versagung des salvianum steht sie in keinem Zusammenhang; diese begründet der Kaiser durch den Rechtssatz, dass das Interdict gegen den Käufer niemals zustehe, nicht, wie Rudorff, durch den Vorbehalt des Pfandrechts. — Die verschiedenen Meinungen der ältern Juristen über die Person des Beklagten hat Thibaut (civilistisches Archiv B. XI. S. 136 ff.) nach 6 verschiedenen Theorieen geordnet zusammengestellt. Seitdem hat Huschke (Studien S. 384) wieder die Meinung von Bachov de pignoribus L. III. t. 20. § 2. vertheidigt, wonach das salvianum nicht gegen jeden Besitzer, sondern nur gegen die Nachfolger des Colonen im Besitz gehen soll. Aehnlich Westphal, Pfandrecht §. 284, der gegen die Successoren nur ein utile interdictum gestattet. Ueberhaupt wird diese utile Fassung von allen angenommen, welche das Interdict gegen Dritte zulassen, z. B. von Cuiacius Obss. V. 24. (opp. t. III. p. 130) und Paratitla ad Cod. l. VIII. t. 9. (opp. II. p. 533). Duarenus ad tit. D. de salviano interdicto in fine (opp. ed. Francofurti 1598 p. 711). Hugo Donellus (ad L. 1 C. de prec. et salv. interd. VIII. 9. § 5.) behauptet die Anwendung des directen salvianum gegen den dritten Besitzer, die des utile salvianum (§ 2) gegen den neuen Erwerber. Vgl. übrigens Hugo R. G. (eilfte Aufl.) S. 543, Zeile 25. Puchta, Pand. § 217. Göschen, Civilrecht, B. II. § 361. Sintenis, Pfandrecht, S. 591. v. Vangerow, Leitfaden, B. I. S. 820. n. 2. Fritz, Erläuterungen, B. I. S. 538. Schilling, Institutionen, B. II. S. 734. n. g. Gesterding, Pfandrecht, S. 411—416.

13) Schon Cato de re rust. c. 146 erwähnt einen solchen in seinem Pachtentwurf: «si emtor (i. e. conductor) locarit.»

14) Ad § 3. I. de interd. Ausserdem hat man für die allgemeine Geltung des Interdicts gegen dritte Besitzer auch noch Fr. 1 pr. De salv. angeführt, eine Stelle, welche erst Puchta, Cursus der Institutionen II. 729. d. mit Hilfe von Fr. 29. § 1. De P. et H. richtig erläutert hat; zuletzt Fr. 1. § 1.

selbst einzelne dritte Besitzer sind dem Interdict unterworfen: insbesondere der Dieb,[15]) ohne Zweifel auch der blosse Precarist, endlich der Miteigenthümer des verpachteten Guts, nicht nur wenn ihm das Pfand zu einem gesonderten Theile, sondern ebenso, wenn es beiden gleichmässig im ganzen Umfang eingeräumt ist. Eine solche Collision kann auf keine andere Weise entschieden werden.[16]) — Unter den übrigen Eigenthümlichkeiten der salvianischen Theorie verdienen noch folgende besondere Hervorhebung: das Eigenthum der verpfändeten Inventarstücke ist keine Voraussetzung des salvianum, so wenig als des interdictum de migrando, hier wie dort genügt die Pfandberedung, verbunden mit der Pfandillation.[17]) Der Widerstand ist unter diesen Voraussetzungen bei fremden und eigenen Sachen gleich unrechtmässig. Das Recht der pignoraticia in rem actio ist für das salvianum hierin ohne Bedeutung. Die Vindication des Pfandgläubigers setzt das Eigenthum des Verpfänders voraus, das salvianum ausschliesslich nur den Pfandvertrag. Daher können beide Rechtsmittel neben einander zur Anwendung kommen,[18]) obwohl sie beide nichts weiter als den blossen Besitz verfolgen.[19]) — Unter der Vor-

D. eod. Allein hier wird nur von einem extraneus überhaupt, d. h. von einem Nicht-Pfandgläubiger gesprochen, dabei aber durchaus nicht angegeben, wer nun dieser sei.

15) Denn dieser kann keines Dritten Rechte schmälern. Ein ausdrückliches Zeugniss giebt die Erklärung der Basiliken zu Fr. 1. § 1. De salv. Hier wird als Beispiel des extraneus der Dieb genannt. Nach der Fabrot'schen Uebersetzung (LX. 17. § 28.) — uterque *adversus rapientem* rem illam recte aget.

16) Fr. 1. § 1. De salv. Unter der utilis actio im Fall einer theilweisen Verpfändung ist selbst wieder das interdictum, und zwar in seiner directen Fassung zu verstehen. Ebenso versteht Ulpian in Fr. 10. De P. et H. unter utilis actio die serviana in ihrer directen Wirksamkeit. Rudorff a. a. O. 242. n. 119. 120.

17) Fr. 1. § 5. De migr. Die Worte: nec ut esset pignori res illata, sed ut pignoris nomine inducta sit, sind so zu erklären: es ist nicht nöthig, dass das zu der pignoraticia in rem actio befähigende Pfandrecht zu Stande kommt, es genügt, wenn nur die Illation mit der Absicht der Verpfändung verbunden war. Vgl. Fr. 32. De P. et H.

18) Fr. 2. De salv. Dazu Rudorff a. a. O. S. 241.

19) Fr. 66. pr. De evict. (XXI. 2.) — haec enim (serviana), etsi in rem actio est, *nudam tamen possessionem avocat.* — Hieraus ergibt sich, dass

aussetzung einer blossen Beauftragung oder späterer Ratihabition genügt zur Begründung des Salvianum die von dem procurator entgegen genommene Pfandbestellung,[20]) während die obligatio pignoris, wie sie zur Durchführung der pignoraticia in rem actio erfordert wird, niemals durch freie Mittelspersonen erworben werden kann.[21]) — Ein salvianum in utiler Fassung hat es nie gegeben. Eine solche Ausdehnung war durch kein Bedürfniss gerechtfertigt. Die Möglichkeit, für jeden einzelnen Fall ausser dem Pacht ein besonderes Interdict von dem Prätor zu erwirken, genügte vollkommen. Die Ausbildung der quasiserviana ist für das salvianum ohne Bedeutung; denn nur das Interdict eignete sich zur Ertheilung auch ohne Anleitung des Edicts, niemals die servianische Vindication.[22])

8. An Beispielen der vertragsmässigen Besitzesverpfändung ausser dem Pacht, insbesondere beim Darlehen, fehlt es bei den Historikern, namentlich bei Dionysius, nicht; und hier kommen Ausdrücke vor, welche ganz deutlich das Apprehensionsrecht, das Recht pro pignore abducere,[1]) das occupare,[2])

---

der gewöhnliche Gegensatz von petitorium und possessorium auf das Verhältniss von serviana und salvianum durchaus keine Anwendung erleidet. Beide Klagen streiten um den Besitz, aber ihre Vorbedingungen sind verschieden: die serviana verlangt den Beweis des in bonis tempore conventionis.

[20]) Fr. 21. De P. et H. Dass diess Fragment dem Commentar zum salvianum angehört, geht aus der Inscription: l. LXXIII. ad Edictum, noch mehr aber daraus hervor, dass Ulpian seine Frage offenbar mit Bezug auf das Formular des Interdicts (inter dominum fundi et colonum convenit) erörtert.

[21]) Fr. 11. § 6. De pign. act. Semper ist interpolirt. L. 2. C. per quas pers. (IV. 27.) Vgl. L. 16. C. de P. et H.

[22]) Die Stellen, welche man zu Begründung eines utile salvianum anführt, sind: Fr. 2. § 3. De int. (XLIII. 1.) Allein der Ausdruck: «quod est de pignoribus» ist viel zu allgemein und sagt noch nicht: *alle* Pfänder, — L. 1. C. de prec. et salv. «adversus conductorem debitoremve.» Dieser Zusatz bezeichnet die Qualität, welche den Widerstand des Pächters gegen die Apprehension zu einem widerrechtlichen stempelt. Diese Auslegung wird durch die Umschreibung der Basiliken XXV. 2. 36. (Heimb. III. 72.) bestätigt, — endlich Paulus R. S. V. 6. 16., eine Stelle, welche nicht von dem salvianum, sondern ganz allgemein von dem prätorischen Verbot, interdictum, spricht.

[1]) L. 1. Th. C. de distr. pign. quae pro trib. (XI. 9.)

[2]) L. 2. Th. C. eod.

wie es Constantin nennt, bezeichnen. In einem Edict des Consuls P. Servilius vom Jahr 259 wird jeder Eingriff in das Vermögen der zum Kriegsdienst sich Meldenden untersagt; es soll weder besessen, noch verkauft, *noch als Pfand weggenommen werden*. Gegen die Ungehorsamen dagegen ist dem Gläubiger die Geltendmachung der *vertragsmässig eingeräumten Rechte gestattet*[3]), namentlich Wegführung in die Knechtschaft und Wegnahme der Pfänder. Besonders zu beachten ist die Erwähnung des Pfandrechts an dem gesammten Vermögen. Wie der Pächter all sein eingebrachtes Gut, so verpfändet der Darlehnsschuldner seine ganze Habe. Auf diese konnte die fiducia niemals angewendet werden. In den Unruhen des folgenden Jahrs (260) trug P. Virginius im Senat auf Schuldenerlass zu Gunsten derjenigen an, welche mit gegen den Feind gestritten; die übrigen sollten von den Gläubigern nach den Bestimmungen des Vertrags behandelt werden.[4]) — Auf dieselben Verabredungen bezieht sich der in einem Senatsschluss des Jahres 256 aufgestellte Unterschied zwischen der Execution der Urtheile und der Verträge.[5]) Der Dictator Valerius wusste das

[3]) Dionysius, Archeol. L. VI. p. 363. ed. Sylb.: *ταῦτα εἰπὼν, ἐκέλευσε τὸν κήρυκα ἀνειπεῖν, ὅσοι ἂν Ῥωμαίων ἐπὶ τὸν κατὰ Οὐόλσκων πόλεμον κατ' αὐτῶν ἐκστρατεύσωσι, τὰς τούτων οἰκίας μηδένα ἐξᾶναι μήτε κατέχειν, μήτε πολεῖν, μήτε ἐνεχυράζειν, μήτε γένος αὐτῶν ἀπάγειν πρὸς μηδὲν συμβόλαιον, μήτε κωλύειν τον βουλόμενον τῆς στρατείας κοινωνεῖν. ὅσοι δ' ἂν ἀπολειφθῶσι τῆς στρατείας, τὰς κατὰ τούτων πράξεις ὑπάρχειν τοῖς δανεισταῖς, ἐφ' οἷς ἕκαστοι συνέβαλον.* — In dem ersten Theile des Edicts ist unter *οἰκία* dasselbe zu verstehen, was sonst im attischen Recht *οἶκος* genannt wird: das gesammte Vermögen, nicht nur das Haus. Heraldus anim. in Salmas. An. 5, 111. 6, 110. S. Boeckh, Staatshaushalt I. S. 379. n. 199. Dafür bürgen die Wote, in welchen uns Livius das Edict des Servilius erhalten hat: ne quis militis, donec in castris esset, *bona* possideret aut venderet. Das *ἐνεχυράζειν* wird von Livius nicht aufgenommen. Der römische Geschichtschreiber ist überhaupt viel ungenauer, als der griechische. Die bonorum possessio et venditio bezieht sich, wie überall, auf die Execution. Vgl. Liv. VI. 17. 20. Im Gegensatz zu dieser kann unter *ἐνεχυράζειν* nichts anders als die Ausübung des vertragsmässig eingeräumten Pfandes verstanden werden.

[4]) Dionys. L. VI. p. 370. — *μηδενὸς αὐτῶν μήτε το σῶμα, μήτε τὴν οὐσίαν ὑπο τῶν δανειστῶν κρατεῖσθαι.* — — *τοὺς δὲ ἄλλους ἀγωγίμους εἶναι τοῖς δεδανεικόσιν, ὡς ἕκαστος συνέβαλεν.*

[5]) Dionys. L. V. p. 333. — *τέως δὲ μηδεμίαν εἴσπραξιν εἶναι, μήτε συμβολαίου μηδενός, μήτε κατὰδίκης μηδεμίας.*

Volk durch ein Edict zu gewinnen, wonach Vermögen, Leib und Ehre eines römischen Bürgers während der Dauer des Krieges geschützt, die *Pfändung für ein Darlehn* nicht gestattet sein sollte.[6]) Auch die Erzählung des Livius[7]) von der billigen Schätzung der quinqueviri mensarii kann sich nur auf einfache Pfänder beziehen. Die fiducia kommt ja von Anfang an in das Eigenthum des Gläubigers. Eine datio in solutum ist bei ihr undenkbar. Nach diesen Vorgängen ist nicht zu bezweifeln, dass das petilische Gesetz, welches zwei Jahre nach dem Unglück in den caudinischen Pässen ohne grossen Widerstand der Patrizier durchgeführt wurde, durch die Aufhebung der Capitalsatisdation die Entwicklung der verschiedenen Realcautionen begünstigte.

9. Die Häusermiethe zeigt Verhältnisse, ähnlich jenen beim Landpacht. Die Uebertragung des Besitzes wird durch den Pfandvertrag,[1]) der sich zuletzt von selbst verstand,[2]) ersetzt. Der Hausherr hat das Recht der Apprehension auch schon vor der Verfallzeit,[3]) und in seinem Eigenthum das schnellste und wirksamste Mittel, sie durchzuführen. Ein Interdict bedarf er nicht oder wenigstens nur sehr selten. Die

---

6) Dionys. L. VI. p. 372. — τέως δὲ ἀφεισθω πᾶσα μὲν οὐλία, πᾶν δὲ σῶμα, πᾶσα δὲ ἐπιτιμία πολίτου Ῥωμαίων ἀξύνοιαστος ἀπο τε δανείου καὶ ἄλλοῦ πάντος συμβολαίου.

7) VII. c. 21. 22.

1) Diesen setzt noch das interdictum de migrando voraus. Fr. 1 pr. De migr. (XLIII. 32.)

2) Fr. 2, 3, 4, 5 pr. In quib. caus. Fr. 11. § 5. De pign. act. Fr. 4 pr. De pact. (II. 14.) Jedoch konnte die Freilassung der Sklaven nur durch einen ausdrücklichen Pfandvertrag unmöglich gemacht werden. Fr. 6, 9. In quib. caus. In der letzten Stelle ist die Lesart der Florentina: *manifestarii* pignoris nomine beizubehalten und die Aenderung von *inhabitantes* in *inhabitantis* (s. Schulting Not.) zu verwerfen. — Ueber die Freilassung des verpfändeten Sklaven: Fr. 33. De pœn. (XLVIII. 19.) Fr. 44. § 7. De leg. I. (XXX. 1.) Fr. 30. De her. inst. (XXVIII. 5.) L. 1, 3, 4, 7 C. de serv. pign. dato man. (VII. 8.) — Fr. 112 § 1. De leg. I. (XXX. 1.)

3) Denn dem Inquilinen wird das interdictum de migrando zum Schutze seines Auszugs nicht früher gegeben, er müsste denn zur Zahlung des ganzen Zinses bereit sein. Fr. 1. § 4. De migr. Fr. 33, 34. De damn. inf. (XXXIX. 2.) In der letzten Stelle ist deshalb nur von der actio ex conducto, nicht von dem interdictum de migrando die Rede, weil dieses sich nicht zur Verfolgung des Interesses wegen verhinderten Auszugs eignet.

Perclusion des Hauses vertritt dessen Stelle.[4]) Mit dieser beginnt der Pfandbesitz, hier gewöhnlich retentio pignoris nomine genannt,[5]) mit seinen Folgen: der Unmöglichkeit fernerer Manumission,[6]) der Diebstahlsstrafe im Falle der Besitzentwendung,[7]) der pignoraticia auf Rückgabe oder Ersatz des Verlustes,[8]) endlich der accessio possessionis, kraft welcher der Hausherr im interdictum retinendæ possessionis selbst über den Miether und Aftervermiether den Sieg davon trägt.[9]) — Gegen den Missbrauch des Hausrechtes fand der Miethling bei dem Prätor Schutz. Ihm wurde die Abduction aller eingebrachten Sachen, sowohl der gar nie als der nicht mehr verpfändeten,[10]) in ähnlicher Weise gesichert, wie dem Gutsherrn die Apprehension des Besitzes, ehemals durch ein in jedem einzelnen Fall ertheiltes besonderes Verbot der Gewalt, zuletzt durch ein ständig gewordenes Interdict, das interdictum de migrando für die Bewohner Roms und seiner Umgebungen[11]) mit prohibitorischer Fassung[12]) und dem strengen Sponsionenprozess.[13]) —

Die Theorie dieses Rechtsmittels zeichnet sich durch eine Eigenthümlichkeit besonders aus. Es findet auch auf die dem Miether nicht eigenthümlich zugehörenden, aber von ihm mit der Absicht der Verpfändung eingebrachten Gegenstände An-

---

4) Ueber diese: Fr. 9. In quib. caus. pign. (*per*cludamus nicht præcludamus) Fr. 56. Loc. cond. (XIX. 2.) Fr. 20. De ini. et fam. lib. (XLVII. 10.) t. C. ut nemini liceat sine iudicis autoritate signa rebus imponere alienis. (II. 17.) Vgl. G. Maiansii disp. X. Opp. t. 1. 171. ed. Lugd. Bat. a. 1752. Cuiac. Obss. XVII. 39. Schulting ad Fr. 9. c.

5) Fr. 9. In quib. caus. Fr. 33, 34. De damn. inf. Fr. 1. § 5. De migr. Martial. XII. 32.

6) Fr. 9. D. c.

7) Fr. 3. De pign. act. Fr. 34. De damn. inf., verglichen mit Fr. 55. § 4. de furt. (XLVII. 2.)

8) Fr. 34. D. c.

9) Fr. 34. De damn. inf. «iusta retentio.»

10) Fr. 1. pr. De migr.

11) L. 7. C. in quib. caus. pign. (VIII. 15.)

12) «vim fieri veto.»

13) Gaius IV. 141: — ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet.

wendung.[14]) Wir schliessen daraus, dass auch diese von dem Augenblick der Illation dem Hausherrn versetzt sind, mithin von ihm wie alle übrigen mit Hilfe der Perclusion retinirt werden können. Sehen wir zu, ob sich nicht hieraus eine völlig befriedigende Erklärung der so sehr bestrittenen L. 5 C. de locat. et cond. (IV. 65.) gewinnen lässt.

Imp. Alexander A. Petromæ.

Certi iuris est, ea quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis prædiorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini; nam ea quoque pignoris iure tenentur.

Aus dieser Stelle sind nach einander die verschiedensten Sätze abgeleitet worden: die Glosse[15]) giebt auch dem Verpächter ein stillschweigendes Pfandrecht an dem eingebrachten Gut des Colonen, unbekümmert um die vielen entgegenstehenden Zeugnisse.[16]) Nach ihr soll sich der Verpächter von dem Vermiether nur dadurch unterscheiden, dass jener um die Illation wissen muss, dem letztern dagegen ohne Kenntniss derselben ein Pfandrecht zusteht. Dieser ältesten Meinung, von welcher nach dem Zeugniss des G. Fornerius[17]) der Spanier Fortunius Garzias zuerst abgieng, kommt die neueste von Huschke[18]) sehr nahe: der Grundherr habe zwar kein stillschweigendes Pfandrecht; aber für ihn bedürfe es bloss einer Willenserklärung, wodurch er sein Interesse an der Einbringung von Sachen des Colonen ausspreche, um an denselben invectis und illatis hier ebenfalls ein Pfandrecht zu erhalten.

[14]) Fr. 1. § 5. Fr. 12. De migr. Diese beiden Stellen sagen nicht dasselbe: Die erste spricht von der Retention der nicht mehr, die zweite von jener der gar nie verpfändeten Sachen, zwei Fälle, welche das Migrationsformular deutlich auseinander hält.

[15]) Ad L. 5 C. c. und ad Fr. 4. D. in quib. caus. pign.

[16]) Fr. 3, 4. pr. 16. In quib. caus. pign. (XX. 2.) Fr. 4. pr. De pact. (II. 14.) — Cf. Fr. 7. pr. In quib. caus. pign. Fr. 53. Locati (XIX. 2.) § 3. I. de interd. (IV. 15.) Theophilus ad § 7. I. de act. (IV. 6.) — L. 5 C. in quib. caus. pign. — L. 13 C. de loc. cond. (IV. 65.) — A. Faber. Err. pragm. D. LX. err. 7. bekämpft die Meinung der Glosse und ihrer Anhänger. Vgl. Fr. 14. § 1. De relig. (XI. 7.)

[17]) Antinomiæ pignorum § 29. (in Conradi parerga ed. Helmstædt 1740. p. 272.)

[18]) Studien S. 344. n. 12.

Donellus,[19]) Connanus,[20]) Balduinus,[21]) Vinnius[22]) und Weber[23]) beziehen die Worte «voluntate dominorum induxerint» auf das Versprechen des Colonen, gewisse Sachen in das gepachtete Grundstück zu inferiren (pactum de inferendo). Diese Uebereinkunft begründe in der Regel die Vermuthung der Verpfändung. Das Rescript enthält hiernach ein stillschweigendes Conventional-Pfandrecht.[24]) Eine andere Classe von Rechtslehrern, unter ihnen besonders: J. Cuiacius,[25]) G. Fornerius,[26]) Vœtius,[27]) Westphal,[28]) Sintenis,[29]) erblicken in dem Rescript Alexanders eine Bestätigung des Satzes, dass nur bei prædia urbana, nicht auch bei prædia rustica ein stillschweigendes Pfandrecht angenommen werde. Voluntas sowohl als scientia werden für gleichbedeutend mit pactum conventum erklärt. — Vereinzelt stehen die Meinungen von Noodt[30]) und Gesterding.[31]) Jener sieht in unserm Rescript eine Wiederholung der Be-

---

19) De pignoribus ed. Lugduni 1558. p. 153—156. Verba: Extat tamen rescriptum Alexandri etc. Er fasst seine Meinung in die Worte: In summa invecta et illata in prædia rustica non alias pignoris iure tenentur, quam si id convenerit, ut pignori essent. Sed convenire potest dupliciter: et aperte, cum id agitur nominatim, ut res pignori sint: et per consequentiam quandam, cum id agitur, ut res in fundum colonus inducat. Id enim hoc valet ut habeat dominus, unde possit illi esse cautum, quod hoc rescripto Alexandri significatur. — Bachov de pignor. et hypoth. L. I. t. XI. § 4. vers. fin. findet diese Meinung keineswegs verwerflich, obwohl er selbst der des Cuiacius beistimmt.

20) Commentarii iur. civ. L. IV. C. 16. No. 6. (p. 373. ed. Hannovriæ 1609.)

21) De pignor. et hypoth. C. 6.

22) Ad § 7. I. de actionibus (IV. 6.) No. 8—10. p. 783—784. ed. Amstelodami 1765.

23) Versuche über das Civilrecht S. 108.

24) S. gegen diese Meinung Glück B. XVIII. S. 305 u. 36. — Meissner, vom stillschweigenden Pfandrechte B. I. S. 184.

25) Cuiacius ad L. 5 C. c. (opp. t. IX. p. 408, 409.) und ad Fr. 4. D. de pact. (II. 14.) (Opp. t. I. p. 920.)

26) Antinomiæ pignorum. § 29.

27) Ad Pandectas h. t. § 2. (opp. t. I. pag. 699. ed. Hagæ Comitum 1735.)

28) Pfandrecht § 102. n. 122.

29) Pfandrecht § 33. S. 296 n. 3. und S. 294. n. 2.

30) De pactis et transactionibus c.. II. (opp. t. I. p. 488. ed. Lugduni Batav. 1735.) Ihm stimmt Meissner vom stillschweigenden Pfandrecht, B. I. S. 185. bei.

31) Pfandrecht, 2. Ausgabe, S. 122—125.

stimmung, dass nur die zu bleibendem Aufenthalt eingebrachten Sachen in das Pfandrecht fallen.[32]) Dieser erklärt die Stelle mit Hilfe der Annahme, dass Sachen, die voluntate dominorum auf ein prædium rusticum gebracht sind, als tradirt anzusehen seien.

Alle diese Erklärungen leiden an einem gemeinsamen Irrthum. Sie beziehen die voluntas domini, welche der Kaiser bei ländlichen Grundstücken verlangt bei städtischen für überflüssig erklärt, auf die Einwilligung des Gutsherrn, während doch nur von dem Eigenthümer *der Invecten* die Rede ist. Diejenigen Gegenstände, welche nicht dem Pächter, sondern einem Dritten zugehören, fallen nur dann in das Pfandrecht des Gutsherrn, wenn ihr Eigenthümer in die Illation einwilligt.[33]) Das ist der Inhalt der ersten Hälfte des Rescripts. Die zweite macht auf eine abweichende Behandlung der Häusermiethe aufmerksam. Hier ist die Einwilligung des Eigenthümers der einzelnen Inventarstücke nicht erforderlich. Freilich wird ohne diese niemals ein wahres Pfandrecht, wie es zur Durchführung der pignoraticia in rem actio und zu dem Verkauf erforderlich ist, zu Stande kommen; es wird überhaupt das Recht des Eigenthümers in keiner Weise geschmälert: aber die bei der Häusermiethe übliche Retention, wie sie mit Hilfe des Perclusionsrechtes verwirklicht wird, erstreckt sich auch auf fremde Sachen, ja sogar auf diejenigen Gegenstände welche gar nicht verpfändet werden können.[34]) Diess Retentionsrecht wird denn auch in unserm Rescript gebilligt; denn es lässt sich wohl nicht bezweifeln, dass ursprünglich «pignoris iure retinentur» geschrieben wurde. Die Verdopplung der Sylbe *re* kann wohl kaum als Textesänderung angesehen werden.

---

32) Fr. 32. De P. et H. Fr. 7. § 1. In quib. caus. pign.

33) Fr. 20. pr. De pign. act. L. 2 C. si al. res. Fr. 5. § 2. In quib. caus. pign. — Vgl. Fr. 26. § 1. De P. et H. Fr. 39. De pign. act.

34) Fr. 1. § 5. De migr. — et sint talia, quæ pignoris nomine teneri non potuerint. — Dagegen kann die Regel des Fr. 25. De P. et H. nicht in Betracht kommen.

10. In dem Bilde des ältesten Pfandrechts treten also folgende Züge besonders hervor: Die Verpfändung des Eigenthums in Form der fiducia empfahl sich hauptsächlich durch den hohen Grad der Sicherheit, welche sie dem Gläubiger gewährte, durch ihre civile Verfolgbarkeit und durch die Natur der fiduciæ actio. Dagegen war sie auf Bürger beschränkt und auf manche Gegenstände des Vermögens, insbesondere auf das Gemeindeland, unanwendbar. Die Verpfändung des Besitzes konnte in dem Verkehr der Römer mit ihren Nachbaren nicht entbehrt werden. Sie eignete sich überdiess für einen weitern Kreis von Sachen als die fiducia, nämlich für alles besitzfähige, bewegliche unbewegliche unkörperliche Vermögen. Ihre Bestellungsweise war seit den ältesten Zeiten eine doppelte: bald wurde der Besitz selbst, bald das Recht auf Apprehension desselben übertragen, jenes geschah durch Tradition, dieses durch pactum. In zwei Fällen kam der vertragsmässige Versatz ganz regelmässig zur Anwendung: bei dem Pacht und bei der Miethe. Er war hier ursprünglich nicht anders geschützt, als in allen anderen Fällen, nämlich durch ein magistratisches Verbot gegen gewaltsame Behinderung der Besitzergreifung, späterhin bildete sich hiefür ein stehendes Formular, das salvianische Interdict, dessen Stelle bei der Häusermiethe die Perclusion vertrat. Das salvianum bot zum Schutze des Gutsherrn die wirksamsten Mittel auf, welche sich in jener Zeit vorfanden. Es bedrohte den geringsten Ungehorsam des Pächters mit dem strengen Sponsionenprocess, und diess auch schon vor der Verfallzeit des Pachtzinses. Bei Theilverpfändungen war es nicht weniger anwendbar, als bei ungetheiltem Versatz, bei fremden Sachen nicht weniger als bei eigenen. Gegen dritte Besitzer dagegen, ausser gegen den Dieb und den Miteigenthümer des verpachteten Grundstücks, konnte es nicht angerufen werden; denn gegen sie war auch die Apprehension, zu deren Schutz es diente, nicht gerechtfertigt. Eben so blieb es stets auf einmalige Anwendung beschränkt. Nach erfolgter Besitzergreifung sah sich der Gutsherr auf seine eigene Wachsamkeit, bei gewaltsamer Entziehung des Besitzes auf die pos-

sessorischen Interdicte beschränkt, und mit diesen konnte er vermöge der accessio temporis selbst über den Pächter den Sieg davon tragen. Zu einer formalen Ausdehnung des salvianum auf die übrigen Fälle des vertragsmässigen Versatzes war keine hinlängliche Veranlassung; für sie genügte der von Alters her übliche, in jedem einzelnen Falle neu ertheilte Schutzbefehl des Magistrats. Das Verhältniss der beiden Verpfändungsformen in ihrer praktischen Anwendung hing zunächst von der Willkühr der Parteien ab. Sie konnten auch beide Rechte mit einander verbinden, bald an verschiedenen, bald an demselben Gegenstande;[1]) denn die Besitzesapprehension mit ihrem prätorischen Schutze behielt auch neben dem Vindicationsrecht volle Bedeutung. Im Allgemeinen jedoch werden wir sicherlich nicht irre gehen, wenn wir die Besitzesverpfändung unter Römern für geringfügige Forderungen und werthlosere, also namentlich bewegliche nec mancipi Sachen in Anspruch nehmen,[2]) die fiducia dagegen gewichtigeren Fällen aufsparen.

Für die Ansprüche des Schuldners war bei der Besitzverpfändung besser gesorgt als bei der fiducia. Wir haben hier die Tradition von der blossen pactio zu unterscheiden. War der Pfandbesitz noch gar nicht auf den Gläubiger übertragen, so bedurfte es keiner besondern Rückgabe, mithin keines weitern Schutzes; nur der Missbrauch der Perclusion war in diesem Falle zu fürchten, gegen ihn schützte den Auszug des Inquilinen das interdictum de migrando. Der wirklich übertragene Pfandbesitz dagegen konnte auf verschiedene Weise zurückgenommen werden, erstens auf dem Wege der Apprehension,[3]) überdiess durch die civile Rückforderungsklage, die

---

[1]) Rudorff a. a. O. S. 188. Dadurch erhält auch Fr. 9. § 2. De pign. act. ihren prägnantesten Ausdruck: cum non transit nec possessio ad creditorem. Hier stand zuversichtlich eine Erwähnung der fiducia, etwa: nec res nec possessio, oder: nec dominium nec possessio.

[2]) Fr. 238. § 2. De V. S. (L. 16.) Gaius libro VI ad legem XII tabularum. Pignus appellatum a pugno, quia res, quæ pignori dantur, manu traduntur: unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.

[3]) Isidor V. 25. Rudorff a. a. O. S. 205.

actio in personam pignoraticia.[4]) Diese beiden Rechtsmittel waren der fiducia als solcher fremd, und auf sie nur anwendbar, wenn der fiducirte Gegenstand zugleich pignorirt worden war. Der Rechtsgrund der Apprehension liegt in dem unmittelbaren Rückfall des Besitzes, der ja nur für eine bestimmte Zeit, nicht für immer übertragen war,[5]) daher ebenso direct zu dem Pfandbesteller zurückkehren musste, als späterhin in den Fällen des revocabeln Eigenthums die Vindication. — Die pignoraticia fand gleiche Anwendung, mochte der Pfandbesitz von Anfang an übertragen, oder erst späterhin durch Apprehension erworben worden sein.[6]) Ihr Vorzug vor der fiduciæ actio bestand nicht sowohl in der freien Stellung des Richters, welche auch dem arbiter fiduciæ eingeräumt war, als vielmehr in der Unabhängigkeit von *rechtzeitiger* Zahlung.[7])

---

[4]) Und nach ihrer Analogie auch durch prätorische Restitutionsbefehle. L. 20. C. de P. et H. L. 3 C. de luit. pign. L. 5 C. in quib. caus. L. 2 C. de pact. pign. Rudorff a. a. O. S. 205. n. 53.

[5]) Isidor V. 25. pignus est — cuius possessionem solam ad tempus consequitur creditor.

[6]) Fr. 34. De damn. inf. (XXXIX. 2.)

[7]) Fr. 9. § 5. De pign. act.

II.

Die serviana, quasi-serviana und pignoraticia in rem actio.

---

1. Das salvianische Interdict war ein äusserst unvollkommenes Rechtsmittel. Es schützte den ersten Erwerb, nicht den Wiedererwerb des verlorenen Besitzes, es war überdiess auf den Widerstand dritter rechtmässiger Besitzer nicht berechnet. Diese Mängel führten ohne Zweifel zu der Aufstellung der serviana genau für denselben Fall der Anwendung. Die neue Klage wurde in dem Edict unmittelbar hinter dem salvianum eingeschaltet.[1]) Sie bestand in einer aus dem quiritarischen Eigenthum des Verpfänders abgeleiteten Vindication, welche als quasi-serviana auf alle andern Fälle der Besitzesverpfändung auch ausser dem Pacht übertragen, und zuletzt durch eine in factum gefasste Klage, die pignoraticia in rem actio, in den Hintergrund gedrängt wurde. — Mit der Aufstellung der Vindication trat die Besitzesverpfändung in ein ganz neues Stadium ihrer Entwicklung. Sie war jetzt mit dem vollen Schutze des Eigenthums umgeben und in dieser Beziehung der fiducia an die Seite gestellt, eben so verfolgbar wie diese, und doch in ihrem Inhalt von derselben eben so verschieden wie früher, sie trat aus dem Gegensatz, in dem sie bisher zu dem Eigen-

[1]) Vgl. Rudorff a. a. O. S. 209.

thum gestanden, heraus, und wurde nun selbst durch dasselbe gestützt; sie verwandelte sich aus einem nur der Ausübung nach geschützten Factum in ein mit civiler Verfolgbarkeit ausgerüstetes Recht. Nicht ohne Grund wird daher mit der serviana eine neue Periode der Geschichte eröffnet. Der vorliegende Abschnitt soll die successive Entwicklung der drei Formen dieser Vindication, der serviana, quasi-serviana, pignoraticia, ihre Veranlassung, ihre Verschiedenheit nachweisen. Die Schwierigkeit des Gegenstandes wird durch den Mangel bestimmter Nachrichten ausserordentlich erhöht. Aber die Combination der einzelnen Zeugnisse kann mit Hoffnung auf Erfolg unternommen werden. Vor allem verlangt die Sicherheit der Untersuchung Feststellung der Quellen-Terminologie. Dieser wollen wir zunächst unsere Aufmerksamkeit zuwenden.

2. Nach dem Zeugniss der Institutionen [1]) wird unter serviana actio ursprünglich die Klage des Verpächters, unter quasi-serviana die Klage des Gläubigers zur Verfolgung seiner Pfandsachen, Faustpfänder oder Hypotheken, verstanden. Dieser Sprachgebrauch wurde jedoch später verlassen. Die Pandekten-Schriftsteller bezeichnen als serviana diejenige Klage, welche man ursprünglich quasi-serviana nannte. So African, [2]) Papinian, [3]) Ulpian, [4]) Paulus, [5]) Gaius, [6]) Pompo-

[1]) § 7. I. de actionib. (IV. 6.) Item serviana et quasi-serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius prætoris iurisdictione substantiam capiunt. *Serviana* autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur; *quasi-serviana* autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. — — § 31. I. eod. In rem — — serviana de rebus coloni, quasi-serviana, quæ etiam hypothecaria appellatur. — S. die Paraphrase des Theophilus zu diesen Stellen.

[2]) Fr. 17. § 1. Ad S. C. velléi. (XVI. 1.)

[3]) Fr. 66. pr. De evict. (XXI. 2.) In Fr. 1. § 2. De P. et H. und in Fr. 1. pr. D. quib. mod. pign. kommt die serviana in derselben allgemeinen Bedeutung als utilis vor.

[4]) Fr. 36. De nox. action. (IX. 4.) Fr. 10. De P. et H. Vgl. Fr. 1. § 1. De salv. interd. (XLIII. 33.) Fr. 4. pr. Quib. mod. pign.

[5]) Fr. 42. § 4. De procurat. (III. 3.) Fr. 29. Fam. ercisc. (X. 2.) Fr. 59. pr. Ad S. C. treb. (XXXVI. 1.) Hier ist zu lesen: et hic serviana *actione* tenebitur. Die serviana actio wird hier von Paulus petitio pignoris genannt. Fr. 6, 7, 18. De P. et H. — Fr. 35. De evict. (XXI. 2.)

[6]) Fr. 2. Quib. mod. pign. (XX. 6.)

nius;[7]) endlich eben so einzelne Constitutionen der Kaiser.[8]) Mit der ursprünglichen Bedeutung findet sich serviana actio nur noch in einigen wenigen Stellen.[9]) Mit der serviana in ihrer weitern Bedeutung fällt die hypothecaria actio zusammen. Denn hypothecaria und quasi-serviana werden einander zu wiederholten Malen gleichgestellt,[10]) und überdiess serviana und hypothecaria unmittelbar mit einander verbunden.[11]) In einigen wenigen Stellen endlich tritt die quasi-serviana unter der Bezeichnung utilis serviana auf.[12]) In andern Fällen dagegen bedeutet derselbe Beisatz utilis eine Ausdehuung der Pfandklage auf Fälle, welche den inneren Bedingungen derselben nicht völlig genügen.[13]) Beide Male bezeichnet der Beisatz *utilis* eine Ueberschreitung der ursprünglichen Grenzen der Klage: das eine Mal nach der Richtung des Objects, das andere Mal in Betreff der inneren Requisite.

---

7) Fr. 34. § 2. De evict. (XXI. 2.) Fr. 4. § 30. De dol. mal. et met. except. (XLIV. 4.) von Ulpian citirt.

8) L. 6 C. ne aliena res (VIII. 16.) Diocl. et Maxim. — L. 14 C. de O. et A. (IV. 10.) Iidem Impp. — L. 19 C. de usur. (IV. 32.) Imp. Philippus.

9) Fr. 2. De salv. interd. — L. 1 C. de prec. et salv. interd. (VIII. 9.) Imp. Gordianus.

10) § 7, 31. I. de action.: quasi-serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. Ebenso Gaius ad ed. provinc. in Fr. 13. §. 1. Ad S. C. vell. (XVI. 1.)

11) Fr. 3. § 3. Ad exhib. (X. 4.) Ulpian. Est autem personalis hæc actio (sc. ad exhibendum) et ei competit, qui in rem acturus est qualicumque in rem actione, etiam pignoraticia serviana, sive hypothecaria, quæ creditoribus competunt. — Der Plural competunt, welchen Haloander und Beck in competit verwandeln, verträgt sich gar wohl mit der Annahme der Gleichheit beider Klagen; dem Namen nach sind es immer zwei. — Pignoraticia ist als Zusatz zu serviana zu betrachten, nicht als selbstständige Bezeichnung einer dritten Pfandklage, wie von Lœhr in seinem und Grolmanns Magazin B. III. S. 132, 133. behauptet. Vgl. Büchel, Erörterungen B. I. S. 113, 114. — Fr. 29. Famil. ercisc. (X. 2.) Paulus; Fr. 4. § 30. De doli mali et metus except. (XLIV. 4.) Ulpian. Beide Fragmente verbinden zwei nur dem Namen nach verschiedene Klagen. Fr. 1. § 2. De P. et H.

12) L. 1 C. de prec. et salv. interd. (VIII. 9.) Gordian: — — sed serviana actione vel quæ *ad exemplum eius instituitur utilis adversus emtorem* exercenda. L. 1 C. communia de legatis. (VI. 43.) Iustinian. — vindicare in rem actione instituenda et insuper *utilem servianam id est hypothecariam* — — in res mortui præstare.

13) Fr. 1. § 2. de P. et H. — Fr. 1. pr. Quib. mod. pign.

Die pignoraticia in rem actio wird von den Institutionen nicht erwähnt. Den Fragmenten der classischen Juristen ist sie gleichwohl nicht fremd. Ulpianus,[14]) Paulus,[15]) Marcellus,[16]) Modestin,[17]) erwähnen sie. Die Kaiser Diocletian und Maximian bedienen sich der Umschreibung ordinaria actio super pignore.[18]) Auch als utilis kommt sie vor; in dieser Fassung steht sie z. B. dem Gläubiger gegen den Verpfänder zu, welcher nicht gleich von Anfang an das Eigenthum der Pfandsache hatte.[19])

Die Terminologie der justinianischen Rechtsquellen lässt sich also dahin feststellen: Die allgemeine Pfandklage wird abwechselnd quasi-serviana, serviana, hypothecaria, pignoraticia genannt. Ausnahmsweise bezeichnet serviana actio die Pfandklage in ihrer ursprünglichen Beschränkung auf das Pachtverhältniss.

3. Neben diesen Namen der Pfandklage kommen gewisse Bezeichnungen ihrer rechtlichen Natur bald einzeln, bald in Verbindung mit jenen vor. Auch sie müssen hier zusammengestellt und erläutert werden. Dahin gehören die Ausdrücke: in rem actio,[1])

---

14) Fr. 7. § 12. Comm. divid. (X. 3.) — Fr. 11. § 10. De except. rei iud. (XLIV. 2.)

15) Fr. 30. § 1. De except. rei iud. (XLIV. 2.)

16) Fr. 19. D. eod.

17) Fr. 9. pr. Quib. mod. pign. (XX. 6.)

18) L. 5 C. si aliena res (VIII. 16.)

19) Fr. 22. De P. et H. Modestin. — ex postfacta pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoraticia dabitur creditori. — Fr. 41. De pign. act. (XIII. 7.) Paulus. — L. 5 C. si aliena res (VIII. 16.) Diocletian et Maximian. — — *ordinariam* quidem *actionem super pignore* non competere, manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile *utilis persecutio exemplo pignoraticiae* detur. — In Fr. 13. pr. De cond. indeb. (XII. 6.) gestattet Paulus dieselbe utilis pignoraticia zur Verfolgung des von einem Sklaven bestellten Pfandes.

1) § 7. 31. I. de action. (IV. 6.) und Theophilus ad h. l. — Fr. 16. § 3. De P. et H. Marcian. — Fr. 3. § 3. Ad exhibend. (X. 4.) Ulpian. — Fr. 9. § 1 Quib. mod. pign. Modestin. — Fr. 17. De P. et H. Ulpian: pignoris persecutio in rem parit actionem creditori. — L. 18 C. de P. et H. Dioclet. et Maxim. pignoris vel hypothecae persecutio in rem est. — L. 9 C. Qui pot. in pign. Dioclet. et Maxim. L. 2 C. de quadriennii praescript. Zeno.

vindicatio,[2]) petitio,[3]) auch wohl mit dem Zusatz utilis[4]) oder specialis,[5]) endlich persecutio.[6]) Ueberdiess findet sich zuweilen die Umschreibung actio adversus ipsa pignora.[7]) Die Bedeutung

[2]) Fr. 16. § 3. De P. et H. Marcian. — Fr. 28, 29. pr. D. eod. Paulus. — Fr. 12. § 1. Quib. mod. pign. Paulus. — Fr. 69. De sol. et lib. (XLVI. 3.) Celsus. — Fr. 43. De pign. act. (XIII. 7.) Scævola. — Fr. 12. pr. Qui pot. (XX. 4.) Marcian. — Paul. R. S. L. V. t. 26. § 4. — L. 2 C. Si unus ex pluribus heredib. (VIII. 32.) Diocletian. et Maximinian. — L. 10 C. de pign. act. (IV. 24.) Dioclet. et Maxim. — L. 20 C. de administr. tut. (V. 37.) Constantin. — L. 3 C. de præscript. XXX. (VII. 39.) Theodos. — L. 4, 5 C. de remiss. pignor. (VIII. 26.) Gordian. — L. 7. § 2 C. de secund. nupt. (V. 9.) Leo et Anthemius. — Von Justinian folgende: L. 27 C. de P. et H. (VIII. 14.) — L. 29, 30 de iure dotium. (V. 12.) — L. 22. § 11 C. de iure deliber. (VI. 30.) — L. 1 C. Communia de legat. (VI. 43.) — L. 8 § 1 C. de præscript. XXX. — L. 11 C. de remiss. pign. (VIII. 26.)

[3]) Fr. 59. pr. Ad S. C. treb. (XXXVI. 1.) Paulus: petitio pignoris nomine.

[4]) Fr. 16. De servitut. (VIII. 1.) Julian: Ei qui pignori fundum accepit, non est iniquum, utilem petitionem servitutis dari, *sicut ipsius fundi utilis petitio datur*. Idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet. Vgl. Fr. 1. § 5. De remiss. (XLIII. 25.) Ulpian. Hier ist mit Cuiacius statt detentionem servitutis: petitionem servitutis zu lesen. — Fr. 9. De O. N. N. (XXXIX. 1.) Gaius. Hier steht statt petitio oder utilis petitio geradezu vindicatio.

[5]) Fr. 19. De hered. petit. (V. 3.) Paulus. — Et quidem *rei pignori datæ etiam specialis petitio est*, utut hereditatis petitione contineatur, sicut illæ quarum nomine publiciana competit.

[6]) Fr. 29. § 2. De P. et H. Paulus. — Fr. 27. D. eod. Marcellus. — Fr. 1. § 2. De salv. interd. (XLIII. 33.) Julian. — Fr. 6. De naut. fœn. (XXII. 2.) Paulus. — Fr. 5. § 1. De div. temp. præscr. (XLIV. 3.) Ulpian. — Fr. 15. § 25. De damn. inf. (XXXIX. 2.) Ulpian. — Fr. 44. § 1. D. eod. Africanus. — Fr. 44. § 5. De usurpat. et usucap. (XLI. 3.) Papinian. — Fr. 22. Quæ in fraudem creditor. (XLII. 8.) Scævola. — Fr. 27. De noxal. action. (IX. 4.) Gaius. — Fr. 40. § 2. De pignor. act. (XIII. 7.) Papinian. — Fr. 37. De reb. auct. iud. (XLII. 5.) Papinian. Vgl. über diese Stelle Cuiacius ad Papin. responsa opp. ed. Neapol. t. IV. p. 1277. Durch die Worte: ius persequendi pignoris wird das Pfandrecht selbst bezeichnet. — Fr. 41. De pignor. act. (XIII. 7.) Paulus. — Fr. 6. De hered. vel act. vend. (XVIII. 4.) Paulus. — L. 6, 7 C. de O. et A. (IV. 10.) Dioclet. et Maxim. — L. 1 C. de heredit. act. (IV. 16.) Gordian. — L. 4 C. ad S. C. macedon. (IV. 28.) Severus et Antonin. — L. 9 C. de prædiis et aliis rebus (V. 71.) Dioclet. et Maxim. — L. 1 C. Si adversus creditor. præscr. (VII. 36.) Gordian. — L. 15 C. de eviction. (VIII. 45.) Philippus. — L. 22. § 5. C. de iure deliber. (VI. 30.) Justinian. — L. 7 § 1 C. de præscript. XXX. (VII. 39.) In dieser Constitution gebraucht Justinian abwechselnd hypothecarum persecutio und hypothecarum actio.

[7]) Fr. 27. § 2. De minor. (IV. 4.) Gaius. — Fr. 73. pr. Ad S. C. treb.

dieser Ausdrücke in ihrer Anwendung auf die hypothecarische Klage steht keineswegs fest. Eine genauere Prüfung derselben ist um so nöthiger, da die Unsicherheit und Willkührlichkeit ihrer Auslegung manche Irrthümer über die Natur der Pfandklage nicht wenig begünstigt zu haben scheinen. Am meisten Aufschluss versprechen die Bezeichnungen vindicatio und in rem actio. Daher reden wir von diesen zuerst.

4. Während der Herrschaft der Legisactionen sprach sich die verschiedene Natur des Eigenthums und der Obligation in den für beide aufgestellten Prozessformen aus. Der Streit über das Eigenthum wurde mit den manus consertæ eröffnet, einem eigenthümlichen symbolischen Verfahren, welches nach den dabei gebrauchten Worten den Namen vindicatio erhielt.[1]) Dieselbe Form fand aber noch eine weitere Anwendung in Fällen, in welchen kein Eigenthumsrecht, ja überhaupt kein Vermögensanspruch bestritten war. Die vindicatio ex jure quiritium liegt nämlich dem Streit über den Zustand der Freiheit, über das Dasein der väterlichen Gewalt, der Uebertragung der tutela legitima über Frauen, endlich der Adoption durch in jure cessio zu Grunde.[2]) Mit der Aufhebung der Legisactionen verschwand jener besondere Vindicationsakt. An die Stelle der verschiedenen Prozessform trat jetzt eine verschiedene Formelconception. Der Unterschied der beiden Klassen von Vermögensrechten fand in der Klagintention seinen Ausdruck. Dem obligatorischen Anspruch entsprach die Fassung: adversarium dare oportere; dem Eigenthum die andere: rem (ius, hereditatem) nostram esse.[3]) Hierauf stützt sich die Bezeichnung der Eigenthumsklage als in rem actio.

(XXXVI. 1.) Hier versteht Marcian sowohl unter der Bezeichnung actio adversus ipsa pignora als unter der andern: pro pignoris commodo actio die hypothecarische Klage. — L. 1 C. commun. de legat. (VI. 43.) Justinian. — præfatas actiones (sc. hypothecarias) contra res testatoris esse instituendas. — L. 6 § 2 C. de bonis quæ liberis. (VI. 61.)

[1]) Gaius IV. §§ 16, 17. Gellius N. A. XX. 10.

[2]) Ueber die in iure cessio tutelæ: Gaius I. 168. Ulpian XI. §§ 6—8. XIX. 6. Ueber die Adoption Gai. I. 134.

[3]) Gaius IV. 41.

Daneben erhielt sich aber auch die alte Bezeichnung vindicatio. Beide sind völlig gleichbedeutend.[4]) Allein auch diese in rem actio ist so wenig als die vindicatio auf das Gebiet des Vermögensrechts beschränkt. Mit demselben Namen werden auch solche Klagen bezeichnet, welche niemals als Theile eines patrimonium angesehen wurden. Dahin gehören namentlich die præiudicia, welche das spätere Recht nur noch in Processen über den Status kennt,[5]) und die weit häufiger zur Anwendung kamen, als die vindicationes adjecta causa.[6])

Aus dem Gesagten ergeben sich zwei Bedeutungen der Ausdrücke in rem actio und vindicatio, eine weitere und eine engere. In der letztern bezeichnen sie die Eigenthumsklage ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Eigenthums; die erstere dagegen umfasst ausserdem auch noch alle andern actiones, deren Formel nicht in personam concipirt ist. In dieser rein negativen Weise wird der Ausdruck in allen denjenigen Stellen aufzufassen sein, in welchen es sich um Aufstellung einer die Gesammtheit der Klagen erschöpfenden Eintheilung handelt.[7]) Wo dagegen die rechtliche Natur einer einzelnen actio durch in rem bezeichnet wird, da muss die engere positive Bedeutung so oft angenommen werden, als es sich um die Geltendmachung eines Vermögensrechtes handelt. In diesem Sinne findet er sich bei der specialis in rem actio, der confessoria und negatoria, der hereditatis petitio und der publiciana, für welche insgesammt die petitoria formula, der unmittelbarste Ausdruck des Eigenthums, besonders bezeugt wird.[8]) Dieselbe Fassung ist

[4]) Gaius IV. 5. — § 15. I. de action. (IV. 6.)

[5]) § 13. I. de act. (IV. 6.) Præjudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt per quas quæritur, an aliquis liber vel libertus sit, vel de partu agnoscendo. Früherhin diente sie auch zur Feststellung anderer Rechtsverhältnisse. Gaius IV. §§ 44, 48. Theophilus ad §. 13. I. de act. (IV. 6.)

[6]) Vgl. Fr. 1. § 2. De rei vind. (VI. 1.)

[7]) Dahin gehört vor allem § 1. I. de act. (IV. 6.), wo einerseits der allgemeine Character der Eintheilung, andererseits die rein negative Begriffsbestimmung deutlicher als irgendwo sonst hervortritt. Ferner Gaius. IV. §§ 1, 2, 3. — Ulpian. in Fr. 25. pr. De O. et A. (XLIV. 7.) — Fr. 68. De R. V. (VI. 1.) — Fr. 36. Fr. 176. § 2. De V. S. (L. 16.)

[8]) Für die *specialis in rem actio* (Fr. 1. § 1. Fr. 27. § 3. Fr. 73. De R. V. [VI. 1.]), gewöhnlich schlechtweg in rem actio genannt (z. B. Gaius IV. §§ 89,

unbedenklich bei der in rem actio de fundo vectigali und de superficie. Die rescissorischen in rem actiones endlich, namentlich die pauliana, sind der specialis in rem actio völlig gleich.[9]) In derselben Bedeutung müssen nun auch bei der Pfandklage die Ausdrücke in rem actio und vindicatio genommen werden. Sie stellen nicht bloss im Allgemeinen die persönliche Natur der serviana in Abrede, sondern legen ihr die specielle Qualität einer Eigenthumsklage bei. An eine blosse in rem scripta actio darf also nicht gedacht werden, eine solche wäre schon mit dem öfters erwähnten[10]) ausdrücklichen Gegensatz der hypothecaria und personalis actio völlig unvereinbar.

Diess Resultat wird durch die technische Bedeutung des Ausdruckes *petitio* unterstützt. Mag dieser ausnahmsweise auch wohl persönliche Klagen bezeichnen,[11]) das übereinstimmende

---

91. Fr. 5. §§ 3. 4. Fr. 6. Fr. 23. pr. Fr. 36. § 1. Fr. 39. § 1. 41. pr. 42, 46, 64, 77, 80. De rei vindicat. ([VI. 1.]), wird die petitoria formula z. B. in folgenden Stellen behauptet: Cic. in Verrem II. 12. Gaius IV. §§ 31, 42, 92. cf. § 34. — Fr. 9. 66. De R. V. (VI. 1.) — Für die *confessoria* und *negatoria* Gaius IV. 3. — Die *hereditatis petitio* wird ausdrücklich in rem actio genannt. Fr. 27. § 3. De R. V. (VI. 1.) Fr. 25. §§ 18, 49. de her. pet. (V. 3.) Eine petitoria formula bestand für diese in rem actio zu Ciceros Zeit noch nicht. Cf. in Verrem I. 45, obwohl allerdings schon die specialis in rem actio. Cic. in Verrem II. 12. In spätern Quellen findet sie sich öfters. Fr. 3, 10. § 1. De H. P. (V. 3.) Schon zur Zeit der Legisactionen war die vindicatio anwendbar. Gai. IV. 17. — Die *publiciana* vereinigt mit der petitorischen Fassung die Fiction der vollendeten Usucapion. Gai. IV. § 34. Theophilus ad § 4. I. de act. (IV. 6.) Fr. 7. §§ 6, 8, 9. Fr. § 5. De public. in rem act. (VI. 2.)

9) Ueber die pauliana besonders Theophilus ad § 6. I de act. (VI. 6.) — Andere rescissorische in rem actiones werden von Theophilus ad § 5. I. eod. und dazu L. 18 C. de postliminio reversis (VIII. 51.) und in Fr. 13. § 1. De minor. (IV. 14.) erwähnt.

10) L. 2 C. de quadriennii praescript. (VII. 37.) Zeno: — aliquas actiones in rem dominii vel hypothecae gratia, vel in personam civiles. — L. 9 C. Qui potiores. (VIII. 18.) Dioclet. et Maxim. — L. 26 pr. C. de usur. (IV. 32.) Justinian: qui principali actione — — sive personali sive hypothecaria ceciderunt. — L. 1. L. 2. L. 3. § 2. C. communia de legatis (VI. 43.) Justinian. — L. 28 C. de fideiuss. et mandator. (VIII. 41.) Justinian. L. 11 C. depositi. (IV. 34.) Justinian. — L. 7. § 4. C. de praescr. XXX. (VII. 39.) Justinus. — L. 3 C. de annali except. (VII. 40.) Justinian.

11) Z. B. Fr. 1. § 21. De collat. bonor. (XXXVII. 6.) — Fr. 5. § 2. Ut legator seu fideicommiss. (XXXVI. 3.) — Fr. 34. § 6. De legatis II. (XXXI.) — L. 5 C. ad S. C. maced. (IV. 28.)

Zeugniss des Papinian[12]) und Ulpian,[13]) so wie unzählige Beispiele, namentlich in dem Titel de rei vindicatione,[14]) ferner die Ausdrücke hereditatis petitio und formula petitoria setzen ihn den Bezeichnungen vindicatio und in rem actio völlig gleich.

Anderer Art ist der Ausdruck persecutio. Dieser bezeichnet nach Ulpian die extraordinaria cognitio, welche ohne Iudex durchgeführt wird,[15]) berührt folglich den Unterschied zwischen actio in personam und actio in rem durchaus nicht.[16]) Weit entfernt, sich in dem Gegensatz der persönlichen oder dinglichen Richtung der Klage zu bewegen, enthält er vielmehr eine Verneinung desselben. Eben desshalb kommt ihm für unsere Frage nur die negative Bedeutung zu, dass er dem gewonnenen Resultate nicht zuwiderläuft. Damit müssen wir uns einstweilen begnügen. Später gelingt es vielleicht, die Veranlassung zu dem vorzugsweisen Gebrauch von persecutio im Pfandrecht[17]) aufzufinden.

5. Wenn wir in dem letzten Abschnitt den Sinn der Ausdrücke in rem actio oder vindicatio in ihrer Anwendung auf die Pfandklage mit vielleicht überflüssiger Sorgfalt festzu-

---

12) Fr. 28. De O. et A. (XLIV. 7.) actio in personam infertur, petitio in rem, persecutio in rem vel in personam rei persequendi gratia.

13) Fr. 177 § 2. De V. S. (L. 16.) — petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur.

14) Z. B. Fr. 36. pr.: qui petitorio iudicio utitur. — Fr. 46.: — rei quæ per in rem actionem petita — est.

15) Fr. 178. §§ 2, 3. De V. S. (L. 16.) — persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puto fideicommissorum, et si quæ aliæ sunt, quæ non habent iuris ordinarii executionem.

16) Nichts weiter scheinen mir die Worte Papinians in Fr. 28. De O. et A. (XLIV. 7.) zu besagen. Papinian behauptet nicht, persecutio umfasse die in personam und in rem actio, sondern vielmehr dieselbe habe mit diesem Gegensatz nichts zu schaffen; ihr Begriff sei mit der Persecution der Sache völlig erschöpft. v. Savigny, System V. S. 8, legt die hier verworfene Bedeutung zu Grunde. — Paulus Worte in Fr. 34. De V. S. (L. 16.) actionis verbo etiam persecutio continetur enthalten eine Beseitigung des Zweifels, ob man eine extraordinaria cognitio auch actio nennen könne, stimmen also mit Ulpian überein.

17) Sonst kommt es hauptsächlich bei den Legaten vor. Fr. 50. § 2. De legatis I. (XXX.) Fr. 75. § 3, 41. § 9. De legatis III. (XXXII.) Fr. 1. § 9. De dot. præleg. (XXXIII. 4.) — Fr. 88. §§ 4, 14. De legatis II. (XXXI.) Fr. 11. § 16. De legatis III. — Fr. 5. § 2. De legat. præst. (XXXVII. 5.)

stellen versucht haben: so geschah diess hauptsächlich mit Rücksicht auf eine unterscheidende Eigenschaft derselben, welche der Natur einer Eigenthumsklage völlig zu widerstreiten scheint. Mit der Pfandklage nimmt nämlich der Gläubiger nur allein den Besitz in Anspruch, dem Beklagten wird weder das Eigenthum, wie bei der rei vindicatio, noch irgend ein Theil desselben, wie bei der Servitutenklage, abgestritten. Papinian spricht diese Eigenschaft der serviana am deutlichsten aus:

Papinianus libro XXVIII. Quæstionum in fr. 66 pr. De evict. (XXI. 2.)

Si, cum venditor admonuisset emptorem, ut publiciana potius vel ea actione, quæ de fundo vectigali proposita est, experiretur, emtor id facere supersedit, nullo modo nocebit ei dolus suus, nec committitur stipulatio. Non idem in serviana quoque actione probari potest: *hæc enim etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem avocat,* et soluta pecunia venditori dissolvitur: unde fit ut emtori suo nomine non competat.

Das Unterliegen mit der direkten rei vindicatio begründet nur dann die Evictionsklage aus der duplæ stipulatio, wenn der Käufer nicht durch eigene Schuld die Geltendmachung der publiciana oder der utilis petitio fundi vectigalis verabsäumte. Diese beiden Klagen werden der direkten Vindication völlig gleichgestellt. Anders verhält es sich mit der serviana. Diese, obwohl ebenfalls eine vindicatio, unterscheidet sich dennoch von den beiden genannten in rem actiones dadurch, dass sie nur den Besitz in Anspruch nimmt, dagegen das Eigenthum unberührt lässt, und eben desswegen nicht schon in Folge der Tradition, sondern erst vermöge besonderer Cession auf den emtor, als in rem suam procurator, übergeht. Zu der Annahme eines solchen Mandates ist der Käufer nicht verpflichtet; die Verschmähung desselben kann daher seinem Evictionsanspruche nicht nachtheilig sein. Dieselbe Eigenthümlichkeit der Pfandklage wird auch in andern Stellen angedeutet.[1]) Auf sie grün-

[1]) Fr. 20. De solut. et liber. (XLVI. 3.) Pomponius. — Fr. 36. De noxal. act. (IX. 4.) Ulpianus. — Fr. 13. §. 5. De P. et H. Marcian. — Fr. 12. pr. § 7. Qui pot. Marcian. — Cf. Fr. 11. § 1. De P. et H. Marcian. — L. 6

det sich die spätere Anwendung der actio hypothecaria als Mittel des Besitzerwerbs auch ausser dem Pfandrecht. So hat die justinianische Verordnung, welche jede Entsagung der Frau auf ihre Hypothek an dem fundus dotalis für ungiltig erklärt, keine andere Bedeutung, als die Erhaltung des Rechtsmittels zum Zweck des Besitzerwerbes in einem Fall, welchem Pfandverkauf und Tilgung der Forderung aus dem Erlös völlig fremd sind.[2])

Die ausschliessliche Richtung der serviana auf Besitzerwerb liefert einen unumstösslichen Beweis, dass in der Pfandklage keine ursprüngliche, sondern eine *angewendete* Eigenthumsklage vorliegt. Die Vindication erscheint hier auf einem Gebiete, auf welchem sie nicht entstand, sondern in das sie hintenher aufgenommen wurde; sie ist einem Falle angepasst, dessen innere Natur sie nicht selbstständig erzeugt haben würde. Hierdurch unterscheidet sie sich sehr wesentlich von den übrigen in rem actiones. Nur die jüngste unter allen, die utilis petitio fundi vectigalis, lässt sich mit ihr zusammenstellen. Auch sie enthält eine angewendete Eigenthumsklage. Neben dieser Aehnlichkeit ist jedoch ein wesentlicher Unterschied nicht ausser Acht zu lassen. Das Recht des fundus vectigalis streift an das volle Eigenthum. In der Machtvollkommenheit beider Rechte ist ein äusserst geringer Unterschied. Diess veranlasste und rechtfertigt die Uebertragung der Eigenthumsklage. Keine ähnliche materielle Annäherung verbindet das pignus mit dem dominium. Der Inhalt des Eigenthums wird durch das Pfandrecht nicht verringert, geschweige denn erschöpft, wie durch die Emphyteusis. Beide Rechte berühren einander gar nicht. Die Worte Papinians: persecutio pignoris nulla societate dominio conjungitur,[3]) finden hier ihre volle Anwendung, obwohl sie von ihrem Urheber zunächst in einem andern Zusammen-

C. de O. et A. (IV. 10.) Dioclet. et Maximin. — L. 22. § 6. C. iure deliber. (VI. 30.) — L. 2 C. si adv. cred. (VII. 36.) Dioclet. et Maximin. — L. 6 C. de priv. fisci. (VII. 73.) Gordian. — L. 7 C. eod. Valer. et Gall. — L. 2. C. de P. et H.

[2]) L. 1. § 15. C. de rei ux. act. (V. 15.)

[3]) Fr. 44. § 5. De usurpat. et usucap. (XLI. 3.) — Fr. 1. § 2. De P. et H.

hang gebraucht wurden. Die Uebertragung der Eigenthumsklage auf den Pfandgläubiger findet daher keine gleich einfache Rechtfertigung. Diese darf überhaupt nicht in dem Inhalt des Pfandanspruchs, nicht auf dem Gebiet des materiellen Rechts gesucht werden. Sie hängt mit der ursprünglichen Fassung der serviana des Verpächters zusammen, deren Darstellung der folgende Abschnitt gewidmet ist.

6. Wir sind hier bei dem Punkte unserer Untersuchung angelangt, der sich geschichtlich an die Darstellung des salvianischen Interdicts anreiht. Die Unterbrechung dieses Zusammenhangs wurde durch den Zustand unserer Quellen erfordert. Bei dem rein praktischen Gesichtspunkt, welcher das Werk der Compilatoren leitete, sind ausdrückliche Angaben über den ursprünglichen Charakter der serviana des Verpächters nicht zu hoffen. Nur der spätere Zustand versprach Aufschluss. Davon musste vorerst so viel dargestellt werden, als zur Gewinnung eines sichern Ausgangspunktes erforderlich schien. Dieser ist nunmehr gefunden. Die Pfandklage ist eine angewendete Eigenthumsklage. Derselbe Charakter muss schon bei der ursprünglichen serviana angenommen werden. Ja bei dieser kann er nur durch den Gebrauch einer Fiction vermittelt, äusserlich dargestellt worden sein. Der Bildungsgang des römischen Rechts fordert diese Annahme; die Analogie anderer Anwendungen der Eigenthumsklage bezeugt sie. Wenn dem bonæ fidei possessor nur mit Hilfe der vollendeten Usucapion eine Eigenthumsklage gesichert werden konnte;[1] wenn sich der bonorum possessor[2] und in einigen Fällen auch der bonorum emtor[3] nur durch die Annahme der Erbenqualität zur Geltendmachung der Vindication so wie der übrigen Klagen befähigt sah; wenn endlich die pauliana auf der Fiction nicht geschehener Tradition,[4] die faviana und calvisiana auf jener

---

[1] Gaius IV. 36. Fr. 35. pr. De O. et A. (XLIV. 7.): «publiciana, quæ ad exemplum vindicationis datur.»

[2] Gaius IV. 34. — Ulpian XXVIII. 12.

[3] Gaius IV. 35.

[4] § 6 I. de act. (IV. 6.) und Theophilus ad h. l.

der fehlenden Verkaufsbefugniss[5]) beruht: wie lässt sich dann annehmen, dass auf den Verpächter die Eigenthumsklage ohne eine ähnliche Vermittlung angewendet worden sei? Und wird dieser Gebrauch einer Fiction nicht schon durch die Stellung angedeutet, in welcher die Institutionen und Theophilus die serviana aufführen: nämlich in Verbindung mit der publiciana in rem actio und den rescissorischen Klagen?[6]) Liegt er nicht der Bezeichnung utilis petitio[7]) zum Grunde: ein Beisatz, der auch sonst von der fictitia actio gebraucht wird?[8]) Seit der Entdeckung des Gajus haben sich in der That auch einzelne Rechtslehrer für die Fiction entschieden, so namentlich Mühlenbruch[9]) und Puchta.[10]) Worin aber nun diese Fiction bestand, darüber lässt sich bei dem gänzlichen Mangel bestimmter Zeugnisse Nichts mit Sicherheit behaupten. Die höchste Wahrscheinlichkeit vereinigt sich jedoch auf der Annahme der fiducia. Der Gläubiger soll den Pfandbesitz gegen Dritte eben so verfolgen, als hätte er zugleich die fiducia erhalten. Diese Fiction schloss sich genau an das damals geltende Recht an und hierin liegt ihre hauptsächlichste Rechtfertigung. Wir haben oben schon hervorgehoben, dass eine und dieselbe Sache doppelt verpfändet werden konnte, einmal als Gegenstand des Eigenthums in der fiducia, überdiess nach der Seite des blossen Besitzes als pignus. Eine vollkommene Verpfändung verlangte stets die Vereinigung dieses doppelten Versatzes, der res und

---

5) Fr. 1. § 12. Si quid in fraudem cred. (XXXVIII. 5.) Ulpian: quasi libertus ius vendendi non habuerit. — Ueber die calvisiana besonders Fr. 3. § 3. D. eod. L. 2 C. Si in fraudem patroni. (VI. 5.) — Die gleiche Fiction ist für die quasi-calvisiana und für die quasi-faviana anzunehmen. Vgl. Fr. 13. D. eod. — Die Behandlung der faviana als rescissoria in rem actio steht mit dem Ausspruch Ulpians: hæc actio in personam est non in rem Fr. 1. § 26. D. eod nicht in Widerspruch. Auch die pauliana ist bald das eine, bald das andere.

6) Vgl. § 6. I. de act. (IV. 6.) Fr. 35. pr. de O. et A. (XLIV. 7.) Fr. 13. § 1. de minor. (IV. 4.)

7) Fr. 16. De servitut. (VIII. 1.)

8) Gaius IV. § 38. cf. §. 34.

9) Die Lehre von der Cession S. 13. n. 20. S. 150. n. 300. — Allgemeine Litteraturzeitung von 1835. Nro. 71.

10) Cursus der Institutionen. II. 732.

der possessio. Jene hatte die civile Verfolgbarkeit, diese das Recht der Besitzesapprehension mit seinem prätorischen Schutzbefehl in ihrem Gefolge. Bei dem Gutsinventar des Pächters war aber nun die Fiducirung undurchführbar. Sie musste zunächst an der Mannigfaltigkeit, überdiess an dem steten Wechsel der Bestandtheile scheitern. Man begnügte sich also hier nothgedrungen mit der blossen Besitzesverpfändung und dem prätorisch geschützten Apprehensionsrecht. Die zweite Hälfte einer vollkommenen Verpfändung, die Fiducirung des Eigenthums, unterblieb. Die fehlende civile Verfolgbarkeit wurde bis zu einem gewissen Grade durch das räumliche Verhältniss der Illaten, durch die Möglichkeit steter Ueberwachung, zuweilen auch noch durch einen commissorischen Vertrag zu Gunsten des Gutsherrn ersetzt.[11]) Als aber späterhin die Erweiterung des Gebiets, die grössere Entfernung der Pachtgüter von dem Wohnorte des Herrn, die Bildung der Latifundien jenen factischen Schutzmitteln, mit denen man sich früher begnügen konnte, alle Bedeutung nahm und eine rechtliche Verfolgbarkeit gegen Dritte nöthig machte, da bot sich kein einfacheres Mittel als die Fiction der fiducia, dieser zweiten Hälfte jedes vollkommenen Versatzes. Man nahm an, was sonst in der Regel geschah, was auch bei dem Gutsinventar rechtlich möglich und nur in der Durchführung mit Schwierigkeiten verbunden war: die Vereinigung von Eigenthums- und Besitzesverpfändung, die Uebertragung der res und possessio zugleich. Man gab dem Gutsherrn, was jeder andere Gläubiger sich verschaffen konnte und zu verschaffen pflegte, die civile Verfolgbarkeit des Pfandes. Man fingirte fiducia und man fingirte sie offenbar in Uebereinstimmung mit der *Absicht* der Partheien, welche sich in der Besitzverpfändung, als gewöhnlichem Complement der Eigenthumsverpfändung, mit hinlänglicher Sicherheit erkennen liess. Eine auch noch späterhin wichtige Folge der fiducia-fiction besteht darin, dass die Pfandklage nicht auf ein Jahr[12]) beschränkt, ja überhaupt, wie

[11]) Ein Beispiel bei Cato c. 146: si quid deportaverit, domini esto.

[12]) Wie dann nothwendig wäre, wenn die Fiction mit dem Civilrecht im Gegensatz stände. Fr. 35. pr. De O. et A. (XLIV. 7.)

die Eigenthumsklage selbst, keiner Verjährung unterworfen war, bis sie Theodosius im J. 424 [13]) gegen jeden dritten Besitzer auf dreissig Jahre, Justinian im Jahr 525 [14]) auch gegen den Schuldner oder den nachfolgenden Pfandgläubiger auf vierzig Jahre beschränkte.

V. Diese Bildungsgeschichte der serviana enthält auch den Schlüssel zum Verständniss der quasi-serviana. Man findet in unsern Darstellungen des Pfandrechts gewöhnlich die Ansicht ausgesprochen, als ob den übrigen Schuldverhältnissen ausser dem Landpacht zuerst durch die formale Erweiterung der serviana, also gewissermassen durch Zurückführung auf die Pachtschuld zu einer civilen Verfolgbarkeit verholfen worden sei. Dem ist nicht so. Im Gegentheil, der Darlehnsgläubiger hatte viel früher als der Gutsherr ein civil verfolgbares Besitzespfand. Es stand ja in seiner Macht, mit dem pignus die fiducia, mit der possessio die res zu verbinden, und gerade dieses stand nicht auch in der Macht des Gutsherrn. Also die civile Verfolgbarkeit hatte der fenerator und jeder andere Gläubiger von sich aus, er bedurfte dazu der Berufung auf das Vorbild des Pachtverhältnisses durchaus nicht. Was er aber nicht schon von sich aus hatte, das ist dieselbe Verfolgbarkeit auch ohne wirkliche Durchführung der Fiduciationshandlung. Diese findet sich zuerst zu Gunsten des Verpächters und wir haben nachgewiesen, warum eben hier zuerst. Dieselbe Unterlassung der Fiduciation musste nun aber auch in den übrigen Schuldverhältnissen, ausser dem Pacht, jedem Gläubiger und Schuldner höchst erwünscht sein. Wie umständlich war nicht die mancipatio oder in iure cessio, wie lästig die Berufung der Zeugen, das Antreten des Magistrats, wie gefährlich überdiess eine solche Oeffentlichkeit für den Credit des Verpflichteten. Kein Wunder, dass man zu jedem Mittel griff, diess zu umgehen. Kein Wunder, dass man selbst nicht verschmähte, das so unscheinbare Rechtsverhältniss der Landpacht als Rechtfertigung für die Unterlassung der Fiduciation in andern viel wichtigern

[13]) L. 3 C. de præscr. XXX. (VII. 39.)
[14]) L. 7 C. eod.

Verhältnissen, zumal bei dem Darlehn, anzurufen. Kein Wunder auch, dass diese Analogie gleich für alle Arten von Schuldverhältnissen auf einmal anerkannt wurde. Wenn man die fiducia da fingirte, wo sie bisher nicht in Uebung gewesen war, so konnte man sie da unmöglich verwerfen, wo sie immer vorkam; wenn man sie da anerkannte, wo sie schwer durchzuführen war, so konnte man sie da nicht verweigern, wo zwar die Schwierigkeit geringer, die Beschwerlichkeit dagegen immer dieselbe war.

Der Fortschritt, welchen die Bildung der serviana und quasi serviana in der Geschichte des Besitzversatzes bezeichnet, lässt sich kurz dahin feststellen: Mit dem prätorischen Interdict zum Schutze der Apprehension verbindet sich die civile Verfolgbarkeit aus der Fiction der fiducia. Dadurch wird die Verbindung von res und possessio, von fiducia und pignus für die Zukunft überflüssig.

8. Der nächste Fortschritt besteht in der Abstreifung der fiducia-fiction. Zuerst war die Fiduciationshandlung durch die Fiction ersetzt worden, jetzt lässt man auch diese fallen. Die Eigenthumsverpfändung wird fortan nicht mehr zu Hilfe gerufen, um dem Besitzpfande ihre Verfolgbarkeit zu leihen. Der Besitzversatz ist von nun an selbstständig verfolgbar. Der Gläubiger macht jetzt nicht mehr Eigenthum geltend, um durch dasselbe zu dem Besitz zu gelangen, er nimmt den Pfandbesitz als solchen unter Berufung auf den Verpfändungsvertrag in Anspruch. Die Grundlage der Klage hat völlig gewechselt. Bei der serviana war es quiritarisches Eigenthum und zwar das Eigenthum des Gläubigers, jetzt ist es der nackte Pfandvertrag. Von Eigenthum keine Rede mehr. Jetzt heisst es: de pignore iure honorario *nascitur ex pacto actio.*[1]) Zwar ist auch in diesem neuen Rechtsmittel von einem in bonis die Rede, aber nicht von dem in bonis des klagenden Pfandgläubigers, sondern von demjenigen des Verpfänders, und auch dieses ist nicht der Gegenstand der Klage, sondern eine ihrer

[1]) Fr. 17. § 2. De pact. (II. 14.)

verschiedenen Vorbedingungen. Das ist die pignoraticia in rem actio, so genannt weil sie den Besitz der Pfandsache, das *pignus*, nicht anders verfolgt, als die serviana das Eigenthum. Sie ist in factum. Diese Fassung wird zwar noch nicht durch ihren Ursprung aus der prätorischen Jurisdiction bewiesen, wie Mühlenbruch richtig bemerkt;[2]) sie geht aber mit aller wünschbaren Sicherheit daraus hervor, dass die Durchführung der Klage ganz regelmässig von der *Wahrheit* gewisser Thatsachen, von dem *verum esse*[3]), abhängig gemacht wird. Wir empfehlen hauptsächlich folgende Zeugnisse der Prüfung:

In Fr. 30. § 1. De exc. rei iud. (XLIV. 2.) stellt Paulus den Satz auf, auch nach erfolgtem Eigenthumserwerb an der Pfandsache könne der Gläubiger immer noch mit der actio pignoraticia durchdringen: «*verum est enim*, et pignori datum et satisfactum non esse.» Paulus gründet seine Entscheidung auf die Fassung der Formel. Diese entspricht völlig der von Gaius gegebenen Beschreibung einer in factum concipirten Intention.[4])

Bei einer ähnlichen Veranlassung beruft sich Gaius in Fr. 13. § 1. ad S. C. Vell. (XVI. 1.) auf die Formelfassung. Er sucht mit ihr den Satz zu rechtfertigen, dass der Gläubiger einer Frau, welche gegen eine übernommene Expromission die Hilfe des Senatsschlusses anruft, keiner besondern Restitution der Pfandklage bedürfe; die ursprüngliche Klage selbst sei noch durchführbar.

De pignoribus prioris debitoris non est creditori nova actione opus, quum quasi-serviana, quæ et hypothecaria vocatur, in his utilis sit, *quia verum est*, convenisse de pignoribus, nec solutam esse pecuniam.

Wenn der Gläubiger den Schuldner beerbt, so tritt Confusion ein. Aber die Pfandklage ist auch jetzt noch durch-

---

2) Cession S. 13 n. 20.

3) Für den Sinn dieses Ausdrucks ist besonders Fr. 8. § 5. De pign. act. Gaius IV. 126, 134 entscheidend. Ueberdiess beruft sich Rudorff a. a. O. S. 226. n. 76. auf die lex thoria. c. 19.

4) Gaius IV. § 46. — — initio formulæ nominato eo quod factum est adiiciuntur ea verba, per quæ iudici damnandi absolvendive potestas datur.

führbar: *verum est* enim, non esse solutam pecuniam. So Paulus in Fr. 59. pr. ad S. C. Treb. (XXXVI. 1.)

In einem andern Falle setzt Marcian die Consequenz der Formelfassung mit den Forderungen der Billigkeit in Gegensatz und bedient sich dabei der Worte: *verum quidem est*, pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est. So Fr. 13. § 15. De P. et H.

Dazu kommt, dass dieselbe Pfandklage von Marcian in seinem Werke über die formula hypothecaria schlechtweg in factum actio genannt wird.[5]) Die Erwähnung der antichresis nimmt der Stelle nichts von ihrer Beweiskraft, denn auch diese Art der Pfandbestellung fällt mit unter die Bezeichnung pignus.[6])

Endlich sind folgende zwei Zeugnisse zu vergleichen.

Paulus in Fr. 17. § 2. De pact. (II. 14.)

De pignore iure honorario nascitur ex pacto actio; *tollitur autem per exceptionem, quoties paciscor ne petam.*

Paulus in Fr. 27. § 2. D. eod.

Pactus ne peteret, postea convenit, ut peteret. Prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, *in pactis factum versatur*, et ideo replicatione exceptio elidetur.

Wenn also die Pfandklage auf einem pactum beruht, das pactum aber kein Recht erzeugt, sondern eine Thatsache enthält, so ist wohl nicht zu läugnen, dass die Fassung in factum die einzig mögliche ist, und damit stimmt überein, dass ein entgegengesetztes pactum auch nur auf dem Wege der Exception geltend gemacht werden kann, denn zwei einander widerstreitende Thatsachen heben sich niemals geradeswegs und ipso iure auf.

---

[5]) Si ἀντίχρησις facta sit, et in fundum aut in aedes alicuius inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, quum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque; itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti.

[6]) Fr. 33. De pign. act.

9. Die einzelnen Thatsachen, deren Beweis die Pfandklage verlangt, werden in unsern Quellen mehrfach und stets mit unverkennbarer Beziehung auf die Formelfassung hervorgehoben. Wir unterscheiden deren drei: die Pfandconvention, die Nichtzahlung der Forderung, das in bonis des Verpfänders zur Zeit der Verpfändung. Die Zusammenstellung der wichtigern Zeugnisse wird uns die Einsicht in die Oekonomie der Formel sehr erleichtern.

Vor Allem muss der Pfandvertrag dargethan werden.

Marcian in Fr. 23. De prob. (XXII. 3.)

Ante omnia probandum est, *quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecæve sit:* —

Gaius in Fr. 13. § 1. ad S. C. Vell. (XVI. 1.)

— verum est, *convenisse de pignoribus* nec solutam esse pecuniam.

Hieher gehören auch alle diejenigen Fragmente, welche von der *Hingabe* zum Pfande reden. In Folge der in rem actio enthielt jede conventio eine pignoris datio.

Paulus in Fr. 30. § 1. De exc. rei iud. (XLIV. 2.)

Verum est enim, et *pignori datum* et satisfactum non esse.

Impp. Severus et Antoninus in L. 1. C. Si pign. conv. (VIII. 33.)

Si pecuniam tibi non esse numeratam atque ideo frustra cautionem emissam asseris, et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes. Nam *intentio dati pignoris neque redditæ pecuniæ* non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. Eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus, adversarius tuus agere cæperit.

Diese Stelle hat manche Zweifel erregt und zu gewaltsamen Aenderungen des Textes geführt. Der neueste Erklärer Gneist[1]) weiss sie durch Weglassung des Wortes asseris und durch Aenderung von non redditæ in non numeratæ pecuniæ für seine Behauptung des spätern Ursprungs der exceptio non numeratæ pecuniæ zu gewinnen. Die folgende Erklärung selbst mag ent-

[1]) Die formellen Verträge des neuern römischen Obligationenrechts. Berlin 1845. S. 272. — Ebenso spricht Endemann. commentat. de chirographo et exceptione non numeratæ pecuniæ. Marb. 1832. p. 15. von einer Textescorruption.

scheiden, ob eine solche Aenderung zulässig ist. Anfang und Ende der Constitution sind klar. Der Schuldner kann das Pfand, welches er zugleich mit der Schuldurkunde dem Gläubiger aushändigte, vindiciren, wenn die Auszahlung des Darlehns nicht erfolgt ist. Gegen des Schuldners eigenen Besitz vermag die Pfandklage des Gläubigers nicht durchzudringen. Schwieriger ist der Zwischensatz, der hier zunächst allein in Betracht kommt. Nam intentio dati pignoris neque redditæ pecuniæ non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. Der Wortsinn ist unzweifelhaft. Die Intention der Pfandklage, sagen die Kaiser, kann nur dann als erfüllt angesehen werden, wenn wirkliche Auszahlung des versprochenen Darlehns erfolgt; mit andern Worten: früher ist gar kein Pfandrecht vorhanden. Der Inhalt dieses Satzes ist so sehr im Einklang mit den Principien der exceptio non numeratæ pecuniæ, die Fassung der Intention so völlig übereinstimmend mit jener in den beiden ersten der angeführten Pandekten-Fragmente, dass für Zweifel gar kein Raum zu sein scheint. Und in der That entsteht die Unklarheit erst durch den Causalzusammenhang, welcher den Zwischensatz mit dem ersten Theil der Constitution verbindet. Die Rechtfertigung der Vindication des Schuldners durch die Intention der hypothecaria ist der Umstand, der Anstoss erregt. Man erwartet nicht sowohl die Erwähnung der Pfandklage, als vielmehr die der Pfandexception gegen die Vindication des Eigenthümers. Kein Wunder, dass sich manche Interpreten, gestützt auf den Inhalt der Basiliken,[2]) ganz einfach durch die Annahme zu helfen suchen, intentio sei hier gleichbedeutend mit exceptio,[3]) nehme doch in der Exception der Beklagte die Stelle des Klägers ein.[4]) Allein diese Verwechslung der Ausdrücke intentio und exceptio wäre hiemit

2) Diese sprechen von einer παραγραφή; aber merkwürdiger Weise nicht von der allein zu erwartenden: si non convenit, ut ea res pignori esset obligata, sondern von der ganz verschiedenen: ἀλλ' εἰ μὴ δεδώκας τὸ χρέος: si non solvisti pecuniam.

3) So Donellus, Cuiacius paratitla ad h. l. Cod. (opp. IX. p. 1287.) Bücheler Erörterungen. B. I. S. 130. erklärt intentio durch defensio überhaupt.

4) Fr. 1. De exc. (XLIV. 1.)

noch keineswegs gerechtfertigt, nicht einmal entschuldigt. Intentio geht stets nur auf die Klage. Aber was von der Klage gilt, das findet auch auf die exceptionsweise Geltendmachung des Pfandrechts Anwendung. Desshalb wird die Intention hervorgehoben. Der Schluss auf die exceptio ergiebt sich von selbst.

Dieselbe Constitution wurde von den Compilatoren in den Titel de non numerata pecunia aufgenommen. Sie war auch hier an ihrer Stelle. In der Ungiltigkeit des Pfandes kann die Kraftlosigkeit der Schuldurkunde als solcher zur Anschauung. Merkwürdiger Weise sind hier die Worte: neque *reddita* pecuniæ mit neque *numerata* pecuniæ vertauscht. Sehr nahe liegt die Vermuthung, dass die Stellung in dem Titel de non numerata pecunia eine Verwechslung der Ausdrücke herbeiführte. An dem Sinn wird aber dadurch Nichts geändert. Numerare kann so gut als reddere für solvere gebraucht werden.

10. Zweitens darf die Schuld weder getilgt, noch quittirt, noch die Annahme der Zahlung von dem Gläubiger verweigert worden sein. Auch diese Thatsachen waren ausdrücklich in die Formel aufgenommen.

Imp. Philippus in L. 19 C. de usur. (IV. 32.)

— ius pignorum tolletur, *quum serviana etiam actio manifeste declaret*, pignoris inhiberi persecutionem *vel solutis pecuniis vel si per creditorem steterit, quo minus solvantur.*

Marcianus in Fr. 13. § 4. De P. et H.

— suas conditiones habet hypothecaria actio, id est *si soluta est pecunia aut satisfactum est*, quibus cessantibus tenet.

Gaius in Fr. 13. § 1. Ad S. C. Vell. (XVI. 1.)

— verum est convenisse de pignoribus, *nec solutam esse pecuniam.*

L. 1 C. si pign. conv. (VIII. 33.)

intentio dati pignoris *neque redditæ pecuniæ* —

Gaius in Fr. 11. § 4. Qui pot.

— Et dicimus, priori creditori *inutilem* esse actionem, *quum per eum fiat, ne ei pecunia solvatur.* [1])

[1]) Vgl. Fr. 20. § 2. De pign. act. L. 3 C. de luit. pign.

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam in Fr. 49. De sol. et lib. (XLVI. 3.)

Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori — — Quodsi acceptum latum sit, quod stipulationis nomine hypotheca erat obligata, vel sine stipulatione accepta sit, *solutionis quidem verbum non proficiet, sed satisdationis sufficit.*

11. Zuletzt wird das in bonis des Verpfänders zur Zeit der Pfandconvention erfordert. Dass auch diese Thatsache ausdrücklich in der Formel stand, geht aus folgenden Stellen mit Bestimmtheit hervor:

Diocletian in L. 6 C. si al. res. (VIII. 16.)

— cum serviana etiam *actio declaret evidenter*, iure pignoris teneri non posse, nisi quæ *obligantis in bonis* fuerint.

Marcian in Fr. 23. De prob. (XXII. 3.)

— illud quoque implere debet, rem *pertinere ad debitorem* eo tempore quo convenit.

Gaius in Fr. 15. § 1. De P. et H.

Quod dicitur, creditorem probare debere, *cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse*, ad eam conventionem pertinet, quæ specialiter facta est.

Papinian in Fr. 3. pr. De P. et H.

— servanda erit creditori actio serviana probanti, *res in bonis eo tempore, quo pignus contrahebatur, illius fuisse.*[1])

Hiernach muss die Formel der pignoraticia in rem actio, abgesehen von besondern Zusätzen, welche bei einzelnen Fällen erforderlich waren,[2]) etwa folgendermassen gelautet haben:

IUDEX ESTO. SI PARET CONVENISSE INTER SEIUM CREDITOREM ET TITIUM DEBITOREM DE STICHO SERVO,

---

[1]) Vgl. übrigens: Fr. 9 § 3. Qui pot. Fr. 1. § 2. Fr. 9. pr. Fr. 29. § 1. De P. et H.

[2]) Z. B. bei einer Verpfändung des gesammten Vermögens Fr. 15. § 1. De P. et H., bei einer bedingten Verpfändung Fr. 13. § 5. D. eod., bei Gegenständen, die erst nach dem Tage der Verpfändung zur Entstehung kamen, Früchten und Sklavenkindern, Fr. 11. § 3. Qui pot.; bei solchen, die zwar damals schon bestanden, aber erst später in das Vermögen des Verpfänders eintraten. L. 5 C. si al. res. (VIII. 16.)

QUUM IS IN BONIS TITII DEBITORIS ESSET, UT PIGNORIS NOMINE ESSET OBLIGATUS, EAMQUE PECUNIAM SOLUTAM NON ESSE NEQUE EO NOMINE SATISDATUM ESSE NEQUE PER SEIUM CREDITOREM STETISSE, QUO MINUS SOLVERETUR, NISI ARBITRIO TUO TITIUS DEBITOR SEIO CREDITORI PECUNIAM SOLVAT AUT[1] STICHUM SERVUM RESTITUAT,[3]) QUANTI EA RES EST,[4]) TANTI TITIUM DEBITOREM SEIO CREDITORI CONDEMNA, SI NON PARET ABSOLVE.

In der Stellung der einzelnen Worte mag Manches zweifelhaft und willkürlich sein. Das Ganze entspricht aber so genau den drei in unsern Quellenzeugnissen hervorgehobenen Klagbedingungen, es schliesst sich überdiess so enge an die einzelnen überlieferten Formelausdrücke an, dass gegen die Richtigkeit der Gesammtbildung wohl kein gegründeter Zweifel erhoben werden kann.

12. In der neuern Zeit hat sich die Fassung in factum immer mehr Anerkennung erworben. Unter ihren Vertheidigern sehen wir Franke,[1]) Ribbentrop,[2]) Keller,[3]) Büchel,[4]) Huschke.[5]) Im Einzelnen herrscht freilich viel Meinungsverschiedenheit. Der von uns aufgestellten Formelfassung kommt die von Huschke versuchte am nächsten: Allein in drei nicht unwesentlichen Punkten weicht sie von ihr ab. Huschke hebt auch die Forderung, für welche nach der Absicht der Partheien das Pfand verhaftet sein soll, hervor. Darnach erhält die Formel nach den Worten: quum is in bonis Titii debitoris esset, den Zusatz: ut is pro pecunia quam Titius debitor Seio creditori ex testamento Lucii dari oporteret. Nun wird Niemand

---

[3]) Fr. 16. § 3. De P. et H.

[4]) Fr. 16. §§ 3, 4, 6. D. eod. Fr. 12. § 1. Qui pot.

[1]) Ueber die Pfandklage. Civilistische Abhandlungen. S. 103.

[2]) Ad leg. 16. § 5. De pign. p. 41.

[3]) Litiscontestation S. 217. n. 7.

[4]) Civilrechtliche Erörterungen. II. S. 125—135.

[5]) Studien des römischen Rechts S. 377. n. 47. besonders: Vom bedingten und von dem mit einem dies behafteten Pfandrecht. Zeitschrift für Civilrecht und Process. B. XX. S. 168.

läugnen, dass eine Hauptobligation, zu deren Sicherheit das Pfand dienen soll, jedenfalls bestehen muss. Aber eine ganz andere Frage ist es, ob diese auch in die Formel der Pfandklage als eine vierte Bedingung mit aufgenommen wurde. Vieles spricht für die Verneinung. Vor allem das gänzliche Stillschweigen unserer Quellen, die doch in hundert Fällen Gelegenheit der Erwähnung hatten; überdiess die ganze Behandlungsweise des Verhälnisses der Hauptobligation zu dem Pfandvertrag; sie erinnert vielmehr an eine wissenschaftliche, doctrinäre Entwicklung des leitenden Grundsatzes, als an eine Interpretation gewisser Formelworte; — zuletzt der Inhalt dieses Grundsatzes selbst. Es ist hier nicht der Ort, alle hierauf bezüglichen Stellen im Einzelnen zu erläutern. Aber auf das Ergebniss derselben kann schon jetzt aufmerksam gemacht werden. Die Entscheidungen der römischen Juristen drehen sich insgesamt um die Frage: wann ist die Pfandbestellung der Willkühr des Schuldners entrückt? mit andern Worten: wann gelangt sie zu voller Verbindlichkeit? Der Erfordernisse sind zwei: zuerst der Pfandvertrag, ohne diesen hat der Gläubiger keinen Anspruch, überdiess aber ein solches persönliches Verhältniss der beiden contrahirenden Partheien, welches jeden willkührlichen Rücktritt des Schuldners unmöglich macht. Diess persönliche vinculum pignoris hat also keine selbstständige Bedeutung, es ist kein besonderes viertes Erforderniss der Pfandklage, sondern das Accessorium eines der drei andern, die Bekräftigung des Pfandvertrages. So behandelt African das Verhältniss der persönlichen Verbindlichkeit zu dem Pfandvertrag[6]) und damit stimmen die Entscheidungen von Gaius[7]) und Papinian[8]) überein. Gewöhnlich wird das Verhältniss gerade umgekehrt aufgefasst. Man behandelt die persönliche Verbindlichkeit als das Prinzipale, den Pfandanspruch als das Accessorium und gerade hierin hat die Erwähnung der Hauptforderung, wie sie Huschke verlangt, ihren

---

6) Fr. 9. pr. § 1. Qui pot. «quoniam iam tunc in ea causa Eros esse cœpisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset.

7) Fr. 11. pr. D. eod.

8) Fr. 1. pr. § 1. D. eod.

Grund. Von dem materiellen Gesichtspunkte aus ist diese Auffassung ganz richtig; die Befriedigung aus dem Pfanderlös setzt eine Forderung voraus; allein für die formelle Auffassung der pignoraticia actio ist er unrichtig. Hier verlangen wir vor allem und principaliter einen Pfandvertrag, die persönliche Forderung tritt in die secundäre Stellung eines Bekräftigungsmittels, ohne dessen Hinzutreten der Pfandvertrag selbst nicht geltend gemacht werden kann. Es ist daher auch gar nicht erforderlich, dass die Contrahenten bereits einander schulden, das Pfand kann eben so gut für eine bedingte Schuld,[9]) ja sogar für ein commune periculum, wie z. B. unter mehreren Magistraten, Tutoren und Curatoren, bestellt werden.[10]) Auch dadurch wird dem Gläubiger der Rücktritt abgeschnitten; auch hier heisst es: ius pignoris invito creditore solvi non potest. Aus dieser Stellung des persönlichen Verbandes zu dem Pfandvertrag ergiebt sich die Regel, nach welcher die Datirung des Pfandrechtes in jedem einzelnen Falle bestimmt werden muss. Aus ihr erklärt sich überdiess eine Erscheinung, in deren Sinn nur so Wenige einzudringen vermochten, nämlich die Unabhängigkeit der Pfandklage von der Fortdauer des persönlichen Bandes. Es genügt, dass diess überhaupt nur einmal vorhanden war, dass es späterhin wieder aufgelöst wurde, ist ebenso unerheblich als die Aufhebung des Pfandvertrages selbst. So kann es kommen, dass die Pfandklage jede persönliche Verbindlichkeit überdauert, und statt selbst durch eine solche gestützt zu werden, umgekehrt als ihre Stütze erscheint.[11]) Diess jedoch nur so lange, als die spätere Wiederauflösung des persönlichen Bandes sich nicht etwa zu einer Solution oder Satisfaction qualifizirt, denn alsdann ist die Formel zwar nach ihrer ersten Bedingung immer noch durchführbar, jedoch nach der dritten defect und desshalb wirkungslos. Aber es finden sich

9) Fr. 5. pr. De P. et H.

10) Fr. 39. § 5. De adm. et per. tut. (XXVI. 7.) Fr. 3. § 4. D. adm. rer. ad civit. pert. (L. 8.) Vgl. Fr. 39. § 1. D. iure fisci. (XLIX. 14.) «periculum communis condemnationis.»

11) Einen solchen Fall enthält Fr. 59. pr. ad S. C. treb. (XXXVI. 1.) «Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.»

eben Fälle, wie z. B. die Confusion[12]) und die in dem Urtheil liegende novatio necessaria,[13]) welche das persönliche Band auflösen, und doch keine Befriedigung enthalten, und eben desshalb weder die erste noch die dritte Formelbedingung unerfüllt lassen. Für diese ist also das bloss momentane Erforderniss eines persönlichen Bandes auch praktisch wichtig.

Mir scheint als liege in der angedeuteten Stellung der persönlichen Verpflichtung zu dem Pfandvertrag Beweis genug für die Ausschliessung des erstern von der Formel. Eben dafür lassen sich auch einzelne Entscheidungen anführen. So namentlich folgendes Responsum Papinians.[14]) Ein Schuldner hatte Schuldverschreibung und Verpfändungsurkunde vor der Zahlung ausgefertigt, später das Darlehn erhalten und in der Zwischenzeit eine Anzahl der in der Pfandurkunde bezeichneten Sachen veräussert. Sind auch diese mit der Pfandklage erreichbar? Die Antwort ist ganz einfach. Der Schuldner ist noch nicht gebunden, er braucht ja das Darlehn nicht anzunehmen, daher sind die veräusserten Gegenstände gar nie verpfändet gewesen, die übrigen aber erst von dem Tage der Auszahlung verhaftet. Der Zweifel war hier offenbar aus der Formelconception hergenommen; sie sprach einfach von der Pfandconvention und von dem in bonis zur Zeit derselben. Papinian bemerkt dagegen, der blosse Vertrag genügt nicht, der Wille des Schuldners muss gebunden sein. Wir verlangen nicht nur eine einfache pignoris conventio, wie bei dem salvianum,[15]) sondern dass die pignoris *obligatio contrahirt* sei und beurtheilen das Dasein des in bonis nach diesem letztern Augenblick. Derselbe Zusammenhang findet sich in dem oben

---

12) Fr. 59. pr. D. c.

13) Fr. 13. § 4. De P. et H.

14) Fr. 4. Quæ res pign.

15) Ich erinnere an den oben schon hervorgehobenen Gegensatz des salvianum und der pignoraticia actio rücksichtlich des Erwerbs freier Mittelspersonen Fr. 11. § 6. De pign. act. spricht von der pignoris *obligatio*, diese als *ein Recht* kann durch den procurator nicht erworben werden. Fr. 21. pr. De P. et H. bloss von der conventio, diese als ein factum. Fr. 27. § 2. D. pactis (II. 14.) wird durch den procurator richtig abgeschlossen.

schon erläuterten Rescript der Kaiser Severus und Antoninus.[16]) Die Intention der Pfandklage, heisst es hier, verlangt allerdings Nichts weiter als die Convention und Nichtzahlung. Aber diess setzt voraus, dass die persönliche Verpflichtung in Kraft erwachsen ist. Mithin kann sie kein Theil der Intention gewesen sein.

Wir gehen zu der zweiten Verschiedenheit der Huschkeschen Restitution über. Diese besteht nicht in einem Zusatz, sondern in einer Weglassung. Das Arbitrium des Richters wird nämlich auf die Restitution der Pfandsache beschränkt, während es auch die Bezahlung der Forderung und zwar diese in erster Linie umfasst. Das wird durch das Zeugniss Marcians über allen Zweifel erhoben.[17])

Endlich nimmt Huschke im Einklang mit allen übrigen Schriftstellern den Ausdruck satisfactum in die Formel auf, während wir dem Worte satisdatum den Vorzug geben. Für die Theorie der Pfandklage ist dieser Unterschied von hoher Bedeutung. Wir versparen unsere Rechtfertigung auf eine spätere Gelegenheit.

18. Eine sehr merkwürdige Bildung hat die Formel der Pfandklage nach Rudorffs Restitution.[1]) Der Gläubiger nimmt nicht die possessio, sondern das Recht, die res, als ob er aus der fiducia klagte, in Anspruch: pignoris vel hypothecæ persecutio *in rem* est; aber er nimmt dieses Recht nicht für sich in Anspruch, sondern für den Schuldner, er klagt, da er sich nur auf eine conventio, nicht auf fiducia stützen kann, cognitorio oder procuratorio nomine. Also mit einem Wort: er vindicirt das Eigenthum des Verpfänders. Nach dieser Fassung setzt die Pfandklage das Eigenthum des Verpfänders *zur Zeit der Klage* voraus; denn ein anderes könnte auch der Verpfänder nicht geltend machen; wo aber dieser nicht vindiciren kann, da kann es auch kein Dritter in dessen Namen. Nun

16) L. 1 C. si pignoris conventionem numeratio pecuniæ secuta non fuerit. Vgl. L. 2 C. eod.

17) Fr. 16. § 3. De P. et H. § 31. I. de act. (IV. 6.)

1) A. a. O. S. 231. ff.

aber kommt auf den Augenblick der Klage gar nichts an; entscheidend ist nur die Zeit der Convention, jeder spätere Eigenthumswechsel, selbst der durch Ersitzung, bleibt für die Durchführung der Pfandklage ohne alle Bedeutung.[2]) — Anders würde die Sache stehen, wenn der Gläubiger seine Vindication aus der Fiction der fiducia ableiten wollte; denn alsdann würde er in *eigenem* Namen auftreten und *sein*, nicht des Verpfänders Eigenthum klagend verfolgen, gerade als wäre es ihm wirklich fiducirt worden. Rudorff scheint diesen Unterschied nicht gehörig zu beachten. Er spricht neben einander von der Fiction der fiducia und einer Klage procuratorio oder cognitorio nomine. Aber Beides lässt sich nicht vereinigen: die Fiction der fiducia setzt den Uebergang des Eigenthums voraus, begründet mithin eine Klage in eigenem Namen und macht zugleich die aus der Person des frühern Eigenthümers unmöglich. — Aber worauf stützt sich überhaupt die Annahme, dass nicht die possessio, sondern das Recht, die res, Gegenstand der Klage sei? Die verschiedenen Stellen, welche das in bonis verlangen, können hiefür nicht angeführt werden. Sie beweisen ja nur, dass das Eigenthum zur Zeit der Verpfändung mit unter die Bedingungen der Pfandklage gehört, durchaus nicht, dass es der Gegenstand der Intention, das wahre Petitum ist. Eben so wenig Gewicht hat der Satz: pignoris vel hypothecæ persecutio *in rem* est, mit den übrigen Stellen, welche diess in rem hervorheben. Denn eine Klage kann sehr wohl in rem sein und doch nicht das Eigenthum, sondern irgend ein minderes Recht, eine Servitut, eine Superficies, oder auch nur den Besitz in Anspruch nehmen; ja von der Pfandklage heisst es ausdrücklich: etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem avocat.[3]) Es ist daher völlig überflüssig, sich auf einzelne Stellen zu berufen, die wie Fr. 11 § 3 Uti poss. (XLIII. 17.) zwischen res und possessio unterscheiden; dieser Unterschied wird auch ohne allen Beweis gerne zugegeben aber zugleich behauptet, dass er gegen die Natur der

[2]) Unten II. 14.

[3]) Fr. 66. pr. De evict. (XXI. 2.)

Pfandklage als einer nuda possessionis persecutio Nichts ausrichte. — Die procuratorische Fassung rechtfertigt Rudorff dadurch, dass sich der Gläubiger auf Nichts weiter als auf eine blosse conventio stützen könne. Diese Argumentation ist nur dann von Gewicht, wenn man annimmt, das Eigenthum des Verpfänders sei der wahre Gegenstand der Klage. Sie fällt zusammen, sobald man sich erinnert, dass kein Eigenthum, überhaupt kein Recht verfolgt, sondern auf den Grund eines Vertrages die Abtretung des Pfandbesitzes gefordert wird. Noch mehr. Der Sieg des Klägers ruht auf der Wahrheit gewisser Thatsachen. Sollen diese nun procuratorio nomine geltend gemacht werden? Kann die «intentio dati pignoris neque redditæ (solutæ) pecuniæ» aus der Person des dominus genommen werden, und der, welcher den Vertrag abschliesst, erst in der Condemnation zum Vorschein kommen? Endlich geben unsere Quellen nirgends die leiseste Andeutung einer procuratorischen Fassung; sie enthalten vielmehr Stellen, deren Ausdrucksweise sich mit derselben kaum vereinigen lässt. De pignore iure honorario nascitur ex pacto actio.[4]) Das besagt doch offenbar: die Pfandklage ruht auf dem Pfandvertrag; jeder solche Vertrag aber enthält ein Factum,[5]) daher ist sowohl die Vermittlung einer Fiction als die einer Procuration unmöglich. — In der Fassung des arbitrium giebt Rudorff der Restitution der Pfandsache den Vorzug vor der Zahlung. Marcian wählt die entgegengesetzte Ordnung.[6]) Diess ist eine Kleinigkeit, wichtiger der Zusatz: aut eo nomine satisfaciat aut per Seium creditorem steterit quo minus solvat. Demnach müsste sich der siegreiche Pfandgläubiger noch in dem letzten Abschnitt des Verfahrens, zwischen dem vorläufigen und dem definitiven Urtheil, durch blosse Satisfaction statt der vollen Solution abfinden lassen, während er vor seinem Siege in allen Fällen Solution verlangen konnte,[7]) ja nicht einmal durch die satisdatio

[4]) Fr. 17. § 2. De pact. (II. 14.)
[5]) Fr. 27. § 2. D. eod.
[6]) Fr. 16. § 3. De P. et H.
[7]) Fr. 6. § 1. Quib. mod. pign. — Ergo satisfecisse prodest, quia sibi im-

certæ pecuniæ mit ihrem strengen Verfahren abgefunden werden durfte.[8]) Die Nichtannahme der Zahlung in der Arbitriuminstanz hatte ohne Zweifel die Freisprechung zur Folge, nicht anders als die *frühere* Weigerung. Aber die Gleichstellung von Solution und Nichtannahme der Zahlung blieb hier dem officium iudicis überlassen. Eine ausdrückliche Instruction scheint unannehmbar. Denn diese konnte nur das umfassen, dessen Erfüllung in der Macht des Beklagten lag; auf das non solvere konnte kein Richter je arbitriren. In der That findet der Rudorffsche Zusatz in keiner der vom arbitrium sprechenden Stellen den geringsten Anhaltspunkt.[9])

14. Die Vorzüge der pignoraticia in rem actio vor der alten serviana mit ihrer fiducia-fiction sind einleuchtend. Wir wollen sie nach Anleitung der Formeltheile genauer betrachten. Die Grundlage der Intention, der Pfandvertrag, hat eine sehr wichtige Folge, die Unabhängigkeit der Pfandklage von jeder Veräusserung,[1]) selbst von der Usucapion. Schon die alte serviana überdauerte die Veräusserung, dadurch war sie vor dem salvianum ausgezeichnet. Aber durch die Ersitzung wurde auch sie ausgeschlossen, denn die Usucapion ist gegen das Eigenthum, mithin auch gegen die fiducia gerichtet. Die neue Pfandklage dagegen nimmt kein Eigenthum in Anspruch, sie hängt von der Wahrheit gewisser Thatsachen ab, und diese bleibt dieselbe, auf welche Weise immer das Eigenthum gewechselt haben mag. Die Usucapion ist also nunmehr gänzlich unerheblich. Niemand hat diesen Vorzug der neuen Klage vor der alten serviana schärfer hervorgehoben als Papinian; was seinen Fragmenten besondere Bedeutung verleiht, ist der Gesichtspunkt, von dem aus sie geschrieben sind. Der Gegensatz der fiducia-fiction tritt nämlich klar hervor.

putare debet creditor, qui satisfactionem admiserit vice solutionis; at qui non admisit satisfactionem, sed solutionem desiderat, culpandus non est.

8) Fr. 6. § 2. Fr. 14. D. eod. Ueber die certa pecunia mit ihrer tertiæ partis sponsio. Gaius IV. 171.

9) Besonders Fr. 21. §§ 3, 4. De P. et H.

1) Der Rückfall der Vindication gehört nicht hierher. Fr. 3, 4. pr. Quib. mod. pign.

Papinianus libro XI. responsorum.

In Fr. 1. § 2. De P. et H.

Quum prædium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. Eos consumtos bona fide emtor utili serviana restituere non cogetur; *pignoris enim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quæstio pignoris ab intentione domini separatur*; quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt.

Papinianus libro XXIII quæstionum.

In Fr. 44. § 5. De usurp. et usucap. (XLI. 3.)

Non mutat usucapio superveniens pro emtore vel pro herede, quominus pignoris persecutio salva sit; ut enim usus-fructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris, quæ nulla societate dominio[2]) coniungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur.

Die eigenthümliche Bedeutung der Usucapion liegt in der Vernichtung des bisherigen Eigenthums. Die alte Vindication geht unter, eine neue entsteht. Dieser Grundsatz ist nicht auf das Eigenthum beschränkt; er findet auch bei der confessoria Anwendung. Die usucapio servitutis vernichtet sie, wo nicht schon der blosse Nichtgebrauch zu dem Untergang des Rechts hinreichend erachtet wurde.[3]) Giebt es nun auch eine Usu-

---

[2]) So liest Haloander und die Vulgata. Andere mit der Florentina: dominii. S. Brenckmann und Schulting.

[3]) Fr. 6. de S. P. U. (VIII. 2.) Fr. 32. § 1. D. eod. Fr. 18. § 2. Quemadmod. serv. (VIII. 6.) über L. 16. § 1. C. de usufr. (III. 33.) S. Puchta, Cursus der Institutionen, II. § 257. v. Vangerow, Leitfaden. I. § 357. — Paulus S. R. I. t. 17. § 1. Viam, iter, actum, aquæductum, qui biennio usus non est, amississe videtur: *nec enim ea usucapi possunt, quæ non utendo amittuntur.* Diese Stelle stimmt mit unserer Auffassung gänzlich überein. Man sagt gewöhnlich, der Ausdruck des Paulus, via usucapi non potest, sei wie der des Papinian: usufructus usucapi non potest so zu verstehen, als heisse es: libertas a servitute u. n. p. (Cuiacius ad Fr. 44. § 5. c. opp. t. IV. p. 637. D. und Schulting ad Pauli R. S. l. c. p. 256.) Allein genau genommen wird nicht libertas a servitute, sondern die servitus usucapirt; die libertas ist blosse Folge dieser Ersitzung. Daher ist auch im Text der Ausdruck: usucapio libertatis vermieden worden; usucapio servitutis ist übrigens seit der Bestimmung der lex scribonia keinem Missverständniss mehr ausgesetzt. Fr. 4. § 29. De usurp. et usucap.

capion gegen die Pfandklage? Kann diese in ähnlicher Weise durch Ersitzung ausgeschlossen werden, wie die vindicatio dominii oder die confessoria? Zu dieser Frage führt die Vindications-Natur der hypothecaria. Ihre Beantwortung liegt in den Worten Papinians: pignoris causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quæstio pignoris ab intentione dominii separatur. Es gibt also keine usucapio contra pignoraticiam; nur die vindicatio dominii wird durch Ersitzung ausgeschlossen; die Pfandklage, obwohl in rem, ruht doch nur auf der quæstio pignoris. Nur das Dasein der Pfandconvention ist zu untersuchen; die Intention geht nicht auf Eigenthum, noch überhaupt auf ein Recht. Die Frage, welche in der Vindicationsnatur der Pfandklage ihre Veranlassung fand, wird mit offenbarer Beziehung auf die Formelfassung gelöst. Quæstio pignoris bezeichnet das Factum der Pfandconvention; dieser factische, erzählende Character wird durch den Gegensatz: intentio dominii noch mehr hervorgehoben; eine solche hat die Vindication der fiducia, eine solche die alte serviana, welche auf der fiducia-fiction beruht.

In dem Fall, dessen Entscheidung die erklärten Worte angehören, kommt die Usucapion allein in ihrer Wirkung gegen die pignoraticia in rem actio in Betracht. Von der Eigenthums-Ersitzung ist keine Rede, diese ist dem factischen Sachverhältniss völlig fremd. Papinian lässt offenbar den Verpfänder, mithin den wahren Eigenthümer, veräussern. Der Käufer wird nicht mit der rei vindicatio, sondern mit der serviana bedroht: in wie weit gegen die letztere Klage eine usucapio möglich sei, ist die einzige Frage, auf welche Papinian antwortet.

Verschieden ist der Fall des Fr. 44. § 5.[4]) Hier hebt Papinian die usucapio rei ausdrücklich hervor, und beantwortet nun die Frage: ob durch die *Eigenthums*-Ersitzung nicht nur die vindicatio, sondern auch die pignoraticia aus der Zeit eines

(XLI. 3.) Paulus. Der Gegensatz der usucapio quæ servitutem constituit, rief in dieser Stelle die Bezeichnung usucapio libertatis hervor.

[4]) Diese Verschiedenheit wird auch von Unterholzner, Verjähr. Lehre II. S. 280. n. 706. übersehen, obwohl er die usucapio rei von der usucapio libertatis a pignore ausdrücklich unterscheidet.

frühern Eigenthümers ausgeschlossen werde? mit andern Worten: ob die Pfandklage die usucapio dominii überdaure? Dieser Fall ist complizirter als der in Fr. 1 § 2 behandelte. Dort hatte der Käufer das Eigenthum erworben und die Frage war nur, ob gegen die Pfandklage usucapirt werden könne? Hier fehlt selbst das Eigenthum; inzwischen wird usucapirt, und nun ist der Umfang dieser Ersitzung zu bestimmen. In beiden Fällen musste dieselbe Antwort erfolgen. Die Usucapion konnte unmöglich verschiedene Wirkungen äussern, je nachdem die Pfandklage allein oder neben dieser auch die Vindication dem Erwerber Eviction drohte. Die usucapio rei erstreckt ihre Wirkung ausschliesslich auf das Eigenthum; was getrennt von diesem bestehen kann, wird durch sie nicht berührt, so der usus-fructus; [5]) so auch die Pfandklage; jener bildet sogar regelmässig den Gegensatz von proprietas; diese hängt mit dem dominium nicht zusammen, sondern ruht allein auf dem Pfandvertrag. Die Worte: persecutio pignoris — nulla societate dominio coniungitur, sed sola conventione constituitur [6]) erläutern sich am besten im Zusammenhang mit jenen des Fr. 1: quæstio pignoris ab intentione dominii separatur. Die Beziehung auf die formula in factum concepta ist beidemale nicht zu verkennen. Der Richter hat das Dasein eines Pfandvertrags zu untersuchen: der quæstio pignoris in der einen Stelle entspricht in der andern die conventio. Eine auf Eigenthum

---

[5]) Vgl. Fr. 17. § 2. De usufr. (VII. 1.) besonders Fr. 2. De usu et usufr. (XXXIII. 2.) aus dem XVII. Buch von Papinians Quästionen. Unter den Verschiedenheiten zwischen dem legatum usufructus und dem legatum operarum in servo wird auch folgende hervorgehoben: Et quia legatarius fructuarius non est, ad heredem suum operarum legatum transmittit, sed *servo usucapto legatum perit*. Auf der einen Seite ist das Legat der operæ voller: es überlebt den Legatar; auf der andern Seite beschränkter: es überdauert die Usucapio nicht. Die Ersitzung vernichtet mit dem Eigenthum auch die an dasselbe geknüpfte Verbindlichkeit des Erben. Dieser Zusammenhang ist dem ususfructus fremd. Daher die Ungleichheit in den Wirkungen der usucapio. — S. Cuiacius ad h. l. (opp. IV. p. 454—457. 1287. B.) und Schultings Noten.

[6]) Vgl. Fr. 1. De pign. act. (XIII. 7.) Gordian in L. 7 C. de P. et H. (VIII. 14.) «usucapio *pignoris conventionem* non exstinguit.»

gerichtete in ius intentio ist der persecutio pignoris fremd; in dieser Beziehung eben wird jede Gemeinschaft des Pfandrechts mit dem dominium in Abrede gestellt. — Eben desshalb begründet das Urtheil über die Vindication des Verpfänders keine exceptio rei iudicatæ gegen die Pfandklage des Gläubigers.[7]) Nur das Eigenthum, nicht die pignoris quæstio ist in iudicium deducirt. Eben desshalb liegt auch in der Kenntniss der Pfandconvention eben so wenig als in der des ususfructus alienus eine mala fides und ein Hinderniss der usucapio.[8])

Die beiden Stellen Papinians reden ausschliesslich von dem Conventional-Pfand; ihre Entscheidungen ruhen auf der Formelfassung der Pfandklage. Dasselbe gilt von dem gordianischen Rescript in L. 7 C. De P. et H. Indess erstreckt sich die Unabhängigkeit des Pfandes von der Usucapion des Eigenthums über das Gebiet der pignoraticia in rem actio hinaus. Sie wird für das prätorische Pfand von Papinian sowohl als von Julian bezeugt.

Papinianus libro X responsorum.

In Fr. 12. Pro emt. (XLI. 4.)

Misso legatario in possessionem res pro emtore usucapiuntur, salva prætorii pignoris causa.

Julianus libro XLIV. digestorum.

In Fr. 2. pr. Pro her. vel pro poss. (XLI. 5.)

Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, non interpellat possessionem ejus, qui pro herede usucapit; custodiæ enim causa rem tenet. Quid ergo est? Etiam impleta usucapione ius pignoris retinebit, ut non prius discedat, quam si solutum ei legatum fuerit, aut eo nomine satisdatum.

Julian spricht von der usucapio pro herede, Papinian von der pro emtore. Weder die eine noch die andere wird durch die custodia des prätorischen missus in possessionem unterbrochen; eben so wenig umgekehrt die custodia durch die Vol-

[7]) Fr. 3. De P. et H. (Papinian). Ueber die willkührlichen Textänderungen von probat in probabat oder probaret, und besonders von creditor in debitor. S. Schulting in not. ad h. l. und Keller Litiscont. S. 382 n. 4 u. 5. — Fr. 4. § 4. De app. (XLIX. 1.)

[8]) Fr. 43. §§ 1, 2. De acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.)

lendung der Ersitzung. Eigenthum und Aufsichtsrecht haben nicht mehr Berührung untereinander als die intentio dominii mit der quæstio pignoris. So ergiebt sich auch für das prätorische Pfand dieselbe Unabhängigkeit von der usucapio. Der Grund aber ist in beiden Fällen ein verschiedener. Das einemal liegt er in der Natur der custodia, das anderemal in der Fassung der Pfandklage. Dieselbe Uebereinstimmung in dem Rechtssatze neben verschiedener Begründung desselben zeigt sich schon bei der Fortdauer des Usucapionsbesitzes neben dem Pfandbesitz. Die Einräumung des prätorischen Pfandes begründet keinen juristischen Besitz; die Uebertragung des Conventionalpfandes dagegen macht den Gläubiger zum wahren possessor, ohne darum in der Person des Verpfänders die Fortdauer des Besitzes quoad usucapionem zu hindern. — Das Resultat ist in beiden Fällen dasselbe: sowohl das prätorische als das vertragsmässige Pfand überdauert die Usucapion des Eigenthums. Diese Regel ist nur in denjenigen Fällen von Bedeutung, in welchen die Pfandsache nicht schon durch ihre Qualität als res furtiva jeder Usucapion entzogen ist. Wo gar nicht usucapirt wird, da kann auch von einer Collision der Pfandklage mit der Ersitzung nie die Rede sein. Diess ist darum beachtenswerth, weil jede bewegliche, ohne Besitzübertragung verpfändete Sache schon durch die Veräusserung von Seite des Verpfänders nicht anders als durch die eines Nicht-Eigenthümers furtiv wird.[9])

[9]) L. 6 C. de usucap. pro emt. (VII. 26.) Imp. Philippus: Quum sit probatum rem pignori fuisse obligatam et postea a debitore distractam, palam est non potuisse eam quasi furtivam usucapi. — Ueber die venditio rei alienæ. L. 7 C. eod. cf. L. 1 C. eod. — Die L. 6 C. ist Gegenstand vieles Streites gewesen. Um einen angeblichen Widerspruch mit Fr. 4. § 21. De usurpat. (XLI. 3.) und Fr. 5. Pro emt. (XLI. 4.) zu entfernen bezieht sie Unterholzner (Verjährungslehre I. S. 240.) mit der Glosse ausschliesslich auf den Fall, wo der Verpfänder, welcher die Veräusserung vornimmt, nicht Eigenthümer der verpfändeten Sache gewesen ist. Zur Unterstützung dieser Annahme werden zwei Punkte hervorgehoben. Wollte man nämlich die Veräusserung der Pfandsache als Grund der Furtivität ansehen, so müsste man auch zugeben, dass die Mackel der Entwendung gleich bei ihrer Entstehung wieder getilgt werde, weil die Veräusserung auch wieder als ein Act der Gewalt des Eigenthümers, der potestas domini, erscheine. Ueber-

Die Unabhängigkeit der Pfandklage von der Usucapion ist also zunächst bei verpfändeten Grundstücken von Wichtigkeit; bei beweglichen Sachen kommt sie namentlich da in Betracht, wo der Verpfänder selbst usucapirte.

Die Stellung der Pfandklage gegenüber der Usucapion des Eigenthums scheint die Bezeichnung persecutio pignoris zunächst veranlasst zu haben. Die durch keine Ersitzung unterbrochene Möglichkeit der Verfolgung hat darin ihren besondern Ausdruck gefunden. In manchen Stellen ist dieser Zusammenhang nicht zu verkennen.[10]) Eine gleiche Veranlassung hat der

---

diess habe die Unzulässigkeit der usucapio wegen Furtivität für den Pfandgläubiger gar kein Interesse. Allein für den Verpfänder oder für spätere bonæ fidei possessores kann das Interesse der Furtivität nicht geläugnet werden; und dieses genügt zur Rechtfertigung derselben. — Noch schwächer ist die erste Bemerkung. Die Reinigung einer Sache von der Mackel der Entwendung verlangt nicht eine Aeusserung der Gewalt des Eigenthümers, sondern ein reverti in potestatem domini. (S. die Stellen bei Unterholzner I. S. 225. n. 229.) Diese Worte, welche nach Fr. 4. § 6. De usurp. (XLI. 3.) der lex atinia angehören — nur dass es statt domini wahrscheinlich hiess: ejus cui res surrepta est — lassen die Unterholznersche Interpretation nicht zu. Durch die Veräusserung, also durch den Act des Diebstahls, verlässt die Sache vielmehr die potestas domini, als dass sie in dieselbe zurückkehrt. Und doch wird das reverti gerade verlangt. Diess ist allerdings bei dem Diebstahl eines Faustpfandes vorhanden. Hier kehrt die gestohlene Sache im Augenblick der Entwendung in die potestas domini zurück. Nicht so bei der Veräusserung einer ohne Besitzesübertragung verpfändeten Sache. Von jenem auf diesen Fall gilt kein Schluss. Jeder ist für sich nach den angeführten Worten der lex atinia zu messen. Dieser Unterschied zwischen Pfändern mit oder ohne Besitzesübertragung hebt auch allen Widerspruch zwischen L. 6 C. und den Fragmenten des Paulus und Modestin. Jene spricht von einer bloss obligirten Sache, diese von Faustpfändern. Die res obligata wird durch Veräusserung, das pignus traditum durch Entwendung furtiv. Aber in der Entwendung liegt zugleich eine reversio in potestatem domini, selbst dann, wenn dieser die entwendete Sache wieder veräussert haben sollte, welcher Umstand von Modestin besonders als Zweifelsgrund hervorgehoben wird. So kann also der Verpfänder eine res obligata, nicht aber eine res pignori data furtiv machen und der Usucapion entziehen. Desshalb wurde im Texte die durch Veräusserung herbeigeführte Furtivität auf Pfänder ohne Besitzübertragung eingeschränkt. Eine ähnliche Vereinigung findet sich bei Cuiac. parat. ad l. 6 C. c. (opp. t. IX. p. 997.) Perez ad h. l. (t. I. p. 602.) wie Unterholzner. — Puchta, Pandekten S. 222. k.

10) Oben II. 3. n. 6. Die ersten Stellen bis und mit Fr. 44. § 5. De usurp. et usuc. (XLI. 3.)

Ausdruck ususfructus persecutio, dessen sich Ulpian in Fr. 17 § 2 De usufr. (VII. 2) bedient, um die Unabhängigkeit der confessoria von der Noxädedition und der Ersitzung hervorzuheben.[11]) In dieser Verbindung sind auch die Worte Marcians in Fr. 9 § 15 Quib. mod. pign.: sciebat (creditor) pignus ubique sibi durare, und die der L. 2 C. si unus ex pluribus heredibus (VII. 32) Dioclet. et Maxim.: vindicatio (pignoris) non personam obligat sed rem sequitur, nicht zu übersehen.

15. Wir haben bisher den Eigenthumswechsel ausschliesslich in Bezug auf die verpfändete Sache selbst betrachtet. Allein wir wissen, dass auch noch nicht existirende, erst künftig entstehende Gegenstände verpfändet werden können und dass es bei diesen auf das in bonis der erzeugenden Sache, z. B. der Mutter, deren Kind, des Grundstücks, dessen Erzeugnisse verpfändet worden sind, ankommt.[1]) In Bezug auf solche Verpfändungen entsteht nun die sehr wichtige Frage, ob auch für sie der Eigenthumswechsel an der erzeugenden Sache für die Geltung der Pfandklage ohne Bedeutung ist. Natürlich reden wir hier blos von demjenigen Eigenthumswechsel, welcher vor der Entstehung der zum Pfand bestimmten Erzeugnisse, also vor der Geburt des Kindes, vor der Separation der Früchte stattfindet; der spätere ist ganz unzweifelhaft. Für jenen frühern gilt aber nun derselbe Grundsatz, welchen wir für die Verpfändung schon vorhandener Sachen nachgewiesen haben. Es ist genug, wenn der erzeugende Gegenstand zur Zeit der Convention in dem Vermögen des Verpfänders war, spätere Veräusserung desselben ist ohne alle Bedeutung. Für das Kind der Sklavinn wird diess ausdrücklich anerkannt.

Paulus libro XXIX. ad edictum.

In fr. 18 § 2 De pign. act.

Si fundus pignoratus venierit, manere causam pignoris constitit, quia cum sua causa fundus transeat, *sicut in partu ancillæ, qui post venditionem natus sit.*[2])

[11]) Ebenso Gaius in Fr. 27. pr. De nox. act. (IX. 4.)

[1]) Fr. 11. § 3. Qui pot.

[2]) Fr. 29. § 1. De P. et H. widerspricht nicht. Denn in dem hier behandelten

Wie die Veräusserung des verpfändeten Grundstücks dem Pfandrecht keinen Eintrag thut, so soll auch die Veräusserung der Mutter dem Pfandrecht an dem später gebornen Kinde nicht hinderlich sein. Man erwartet, die übrigen zum voraus verpfändeten Erzeugnisse ausser dem Sklavinnenkinde nach demselben Grundsatze behandelt zu sehen. Allein diese Erwartung bestätigt sich nur zum Theil. Der Grundsatz als solcher wird allerdings auch hier anerkannt, aber seine Durchführung scheitert an einer anderweitigen Regel, nämlich an der eigenthümlichen Begünstigung des bonæ fidei possessor. Der Besitzer in gutem Glauben erwirbt nämlich die während der Zeit seines Besitzes separirten Früchte gerade wie der Eigenthümer, sie können niemals gesondert von der Hauptsache vindicirt, sondern höchstens wenn noch vorhanden als Zubehör derselben, als causa rei, in Anspruch genommen werden.[3]) Dieser Grundsatz gilt nun nicht nur gegenüber der Vindication des Eigenthums, sondern auch gegenüber der Vindication des Pfandrechts. Der Gläubiger kann unmöglich mehr Rechte haben als der Eigenthümer. Wir müssen daher sagen: der an dem partus ancillæ nachgewiesene Grundsatz kommt in allen Fällen zur Anwendung; entzogen sind ihm nur diejenigen Erzeugnisse, welche gleich bei ihrer Separation in das Eigenthum eines bonæ fidei possessor fallen; diese gelten nicht als verpfändet, sie können nicht mit der Pfandklage verfolgt werden, es müsste denn sein, dass sie zugleich mit der Hauptsache obligirt wurden, dann sind sie eine Zubehör, eine causa rei, und können als solche, soweit sie noch nicht consumirt sind, mit der Hauptsache zugleich vindicirt werden. Alles diess erhält durch dasselbe Fragment Papinians, von welchem schon oben ein Theil benützt wurde, seine vollste Bestätigung. Fr. 1 § 2 De P. et H.

Falle wurden nicht die zukünftigen Geburten verpfändet. Der Vertrag war vielmehr auf ein ganzes genus gestellt, und zwar in solchen Ausdrücken, welche spätere Geburten ausschliessen. Vgl. unten V. 9.

3) Ich verweise der Kürze wegen auf Puchta, Cursus der Institutionen II. § 242. Pandecten § 166, dessen Darstellung mir in allen Theilen vollkommen richtig scheint.

Quum prædium pignori daretur, nominatim ut fructus quoque pignori essent convenit. Eos consumtos bona fide emtor utili serviana restituere non cogetur; pignoris enim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quæstio pignoris ab intentione dominii separatur; quod in fructibus dissimile est, qui numquam debitoris fuerunt.

Ein Eigenthümer verpfändet mit seinem Grundstück auch zugleich dessen zukünftige Früchte und veräussert darauf dasselbe Grundstück an einen mit der Verpfändung unbekannten Käufer. Welches Recht hat nun der Pfandgläubiger an den von diesem bonæ fidei emtor gezogenen Früchten? Papinian antwortet: sie fallen gleich mit ihrer Separation in das Eigenthum des Käufers und können daher mit der Pfandklage nicht verfolgt werden, ja selbst als Zubehör der Hauptsache kommen sie nur so weit in Betracht, als sie noch vorhanden, noch nicht consumirt sind. Sie werden also wesentlich anders behandelt als das Grundstück; für dieses hat der Erwerb des Eigenthums von Seite des Käufers nicht die mindeste Bedeutung, er hindert das Pfandrecht nicht; der Erwerb der Früchte dagegen hindert dasselbe allerdings, sobald die Früchte gleich bei ihrer Separation in das Eigenthum des Käufers fielen. So weit Papinian. Wären also die Früchte von dem Verpfänder statt von dem Käufer bezogen, oder wäre der Käufer statt in bona, in mala fide gewesen, Papinian würde dann anders entschieden, er würde die Pfandklage auch zur Verfolgung der Früchte gestattet haben. Ja, hätte der bonæ fidei emtor die von ihm zuerst erworbenen Früchte zur Zeit der gegen die Hauptsache gerichteten Klage noch nicht consumirt, er wäre dann zur Restitution derselben als causa rei verpflichtet gewesen.[4]) — Das Resultat ist folgendes: Die Veräusserung derjenigen Sache, deren künftige Erzeugnisse verpfändet sind, ist für den Fortbestand des Pfandrechts ohne Bedeutung, so bald nur die Erzeugnisse nicht gleich bei ihrer Separation in das Eigenthum eines bonæ fidei possessor fielen, denn dieser ist

[4]) Es gehört daher zu den vielen Willkührlichkeiten A. Fabers, wenn derselbe das Wort consumtos streichen will. Err. pragm. D. XCIII. err. 2. 3.

gegenüber der Vindication des Pfandes ganz ebenso begünstigt, wie gegenüber der Vindication des Eigenthums.

16. Die wichtigste Auszeichnung der neuen Pfandklage liegt in dem in bonis des Verpfänders. Die fiducia und ihre Fiction, die servianische Klage, verlangen quiritarisches Eigenthum, der Prätor dagegen ist zufrieden, wenn das Pfandobject dem Verpfänder so zugehört, dass er desshalb eine Klage und eine Einrede hat; denn das allein wird zur Herstellung des in bonis erfordert.

Modestinus libro VII. regularum in Fr. 52 De acq. rer. dom. (XLI. 1.)

Rem in bonis nostris habere intelligimur, quoties possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus.[1])

Demnach genügt die publiciana und zwar in ihren beiden Anwendungen als Klage dessen, welchem eine res mancipi einfach tradirt oder durch prätorischen Befehl wie z. B. bei der missio ex secundo decreto und der Duction eines Noxalsclaven zugewiesen wurde, und als Klage des blossen bonæ fidei possessor;[2]) es genügt ebenso die auf der Fiction der

---

[1]) Unsere Quellen enthalten noch mehrere Fragmente, in welchen das in bonis erläutert wird, so besonders Fr. 49. de V. S. (L. 16.) Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est beatos faciunt; beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum quæ dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nos possideantur, vel superficiaria sint. Aeque bonis annumerabitur etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus, nam hæc omnia in bonis esse videntur. Aehnlich Fr. 43. De usu et usufr. (XXXIII. 2.) Fr. 5. §§ 6—10. Ut in poss. leg. (XXXVI. 4.) Fr. 2. § 22. Vi bon. rapt. (XLVII. 8.) Einen noch grössern Umfang gibt die Interpretation demselben Ausdruck in dem Edict, welches uns Ulpian in Fr. 1. pr. Si is qui test. lib. (XLVII. 4.) erhalten hat. Fr. 1. § 10. Hier werden auch die res pignoratæ und commodatæ unter die bona gezählt. Allein alle diese Stellen sind für unsere Frage ohne Bedeutung. Sie beschäftigen sich mit dem Umfang eines Vermögens, nicht mit dem Inhalt des an einer einzelnen Sache bestehenden in bonis.

[2]) Ich kann mich in den Streit über die Klage des s. g. bonitarischen Eigenthümers, in welchem sich zur Zeit die Meinungen noch sehr schroff gegenüberstehen, hier nicht tiefer einlassen. S. zuletzt Puchta, Cursus der Institutionen II. §§ 235, 236. Leist, die bonorum possessio I. 240. Nur das

Erbenqualität beruhende Klage des prätorischen bonorum possessor, und die serviana oder rutiliana des bonorum emtor,[3] nicht aber die vindicatio des bloss quiritarischen Eigenthümers,[4] noch die Pfandklage.[5] Aber nicht einmal eine in rem actio ist zu dem in bonis erforderlich, auch die persönliche Klage genügt, jede blos geschuldete Sache wird giltig verpfändet.[6] Zuletzt gibt es Fälle, denen jede Klage abgeht und in welchen das in bonis dennoch angenommen wird. Dahin gehören die Erzeugnisse, deren künftiger Erwerb dem Verpfänder durch sein Verhältniss zu der erzeugenden Sache jetzt schon gesichert ist.[7] Es darf nicht übersehen werden, dass in allen diesen

verdient Hervorhebung, dass die vielen Stellen der Pandecten, welche die petitorische Formelfassung ohne den Zusatz ex iure quiritium enthalten, ihre jetzige Gestalt der Hand der Compilatoren zu verdanken haben, da auch bei dem Kaufgeschäft die Tradition allein angegeben, die Mancipation, wie sie Gaius IV. 134. und Paulus R. S. I. 13. § 4, II. 17. § 3. bestimmt verlangen, weggelassen ist. Vgl. Fr. 5. pr. Fr. 6. Fr. 9. Fr. 23. §§ 1, 2, 5. Fr. 35. § 1. Fr. 46. Fr. 80. De R. V. (VI. 1.) Fr. 3. pr. De P. et H. — Damit steht übrigens die Frage nach dem Sinne des Wortes dominium in keiner Verbindung. Dieses kann eben so gut das natürliche Eigenthum bezeichnen, und kommt so auch bei Klassikern in Stellen, in welchen an keine Interpolation zu denken ist, wirklich vor. Fr. 2. § 22. Vi bon. rapt. (XLVII. 8.) In hac actione non utique spectamus, rem *in bonis* actoris esse — — — ut non *dominium* accipiamus. — Fr. 15. §§ 16, 17, 33. De damn. inf. (XXXIX. 2.) verglichen mit Gaius III. 80. IV. 34. Theophilus III. 9. § 2. Varro de r. r. II. 10. § 4. Fr. 9. De resc. vend. (XVIII. 5.) — Fr. 20. pr. § 2. De acq. rer. dom. (XLI. 1.) — Auch das in bonis der Pfandklage wird öfters dominium genannt. Fr. 16. § 1. Fr. 29. § 1. De P. et H. Fr. 7. § 1. Fr. 14. Qui pot. Fr. 4. § 3. De in diem add. (XVIII. 2.)

3) Gaius III. 32. IV. 34. 35.

4) Das geht schon daraus hervor, dass selbst da, wo quiritarisches Eigenthum vorhanden ist, doch nur das in bonis hervorgehoben wird, so von Scævola in Fr. 34. § 2. De P. et H. Uebrigens ist der Gegensatz zwischen in bonis und ex nudo iure quiritium ganz unzweifelhaft Gaius II. 40.

5) Der Pfandgläubiger ist durch actio und exceptio geschützt, und hat doch nicht in bonis; etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem avocat. Fr. 66. pr. De evict. (XXI. 2.) Daher kommt es, dass das pignus pignori datum in der Person des zweiten Gläubigers keine directe Pfandklage erzeugt, sondern nur die Pfandklage des ersten Gläubigers als utilis auf den zweiten überträgt. Fr. 13. § 2. De P. et H.

6) Fr. 3. § 4. Qui pot.

7) Fr. 11. § 3. Qui pot. Fr. 15. pr. De P. et H. Hiebei versteht es sich jedoch, dass der Erwerb selbst späterhin wirklich erfolgt sein muss. Fr. 1.

Anwendungen die Pfandklage in directer nicht in utiler Fassung zur Anwendung kommt. In Uebereinstimmung mit dieser freien Interpretation steht die Umschreibung durch das gleich umfassende[8]) pertinere, dessen sich Marcian in seinem Werke über die hypothekarische Klage bedient,[9]) und das wohl vor allem dazu geeignet gewesen wäre, die ausschliessliche Beziehung der Pfandklage auf das sogenannte bonitarische Eigenthum[10]) von vorn herein Lügen zu strafen. — Gegenstand eines besondern Zweifels war dasjenige Eigenthum, welches dem Herrn zwar einstweilen gehörte, dessen Verlust aber für die Zukunft in Aussicht stand, so das dem Rückfall der Vindication[11]) oder einer persönlichen Rückforderungsklage,[12]) endlich das der Eviction von Seite eines bessern Pfandgläubigers unterworfene.[13]) Allein hier kam die Regel zur Anwendung, nach welcher weder die Möglichkeit noch die Gewissheit des künftigen Verlustes der Existenz des Rechtes in der Gegenwart irgend einen Eintrag thut.[14]) Die Unmöglichkeit der Veräus-

---

§ 2. Fr. 29. § 1. De P. et H. — Von diesem Fall ist die ganze Klasse der *anticipirten* Pfandbestellungen zu unterscheiden. Dahin gehört z. B. die Verpfändung des künftigen Vermögens in ihren verschiedenen Formen.

8) Fr. 181. De V. S. (L. 16.) Verbum illud: *pertinere*, latissime patet; nam et eis rebus petendis aptum est, quæ dominii nostri sint, et eis, quas iure aliquo possideamus, quamvis non sint nostri dominii; pertinere ad nos etiam ea dicimus, quæ in nulla eorum causa sint, sed esse possint.

9) Fr. 23. De prob. et præs. (XXII. 3.): — illud quoque implere debet (actor) rem *pertinere* ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore. —

10) Büchel, civilrechtliche Erörterungen. II. 125.

11) Fr. 3. Quib. mod. pign. verglichen mit Fr. 4. § 3. De in diem add. (XVIII. 2.) Mit diesen Fällen ist der Rückfall des Vectigalrechtes zu vergleichen. Fr. 31. De P. et H. Hier bezieht sich die Frage: an *recte* pignori datus esset (fundus)? gerade auf das in bonis, welches durch die Beredung des redire ad dominum aufgehoben zu sein schien.

12) Dahin gehört der Fall des Fr. 34. § 2. De P. et H. Es konnte scheinen, die als Darlehen empfangenen Geldstücke seien nicht in bonis, weil der Empfänger zur Rückgabe einer gleichen Summe verpflichtet ist. Vgl. Fr. 35. § 1. De don. (XXXIX. 5.)

13) Fr. 12. pr. De distr. pign. Auch ist die Regel in Fr. 190. De R. I. hier nicht anwendbar.

14) Fr. 46. De R. V. (VI. 1.) Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si conditio legati vel libertatis extiterit. Daher ist auch der statuliber in bonis, und das Pfandrecht giltig,

serung dagegen verträgt sich nicht mit dem Begriff des in bonis, gleichviel ob sie die Folge eines prätorischen Verbots oder einer von dem früheren Eigenthümer ausgehenden Bestimmung ist.[15])

Die publiciana des bonæ fidei possessor scheint den Erfordernissen des in bonis, wie sie Modestin darstellt, nicht in allen Theilen zu genügen. Es ist ja bekannt, dass sie nicht nur von dem wahren Eigenthümer, sondern unter Umständen sogar von einem Besitzer in gutem Glauben durch eine exceptio iusti dominii,[16]) oder bonæ fidei possessionis entkräftet werden kann,[17]) und dass ihr nur zuweilen eine replicatio doli zu Hilfe kommt.[18]) Noch mehr: gegen die Vindication

---

obgleich es mit dem Eintritt der Freiheit untergeht, Fr. 13. § 1. De P. et H. Das ist einer der Fälle, von welchen Ulpian in Fr. 6. pr. Quib. mod. pign. den Ausdruck gebraucht: aliqua ratione pignoris obligatio *finita*. — Eine Ausnahme tritt ein bei legirten Sachen. L. 3 C. Comm. de leg. (VI. 43.) «res quæ *in suis bonis* pure non possidet.» Vgl. Fr. 11. § 1. Ut in poss. leg. (XXXVI. 4.)

[15]) Fr. 10. pr. De cur. fur. (XXVII. 10.) Iulianus scribit: eos, quibus per prætorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem, *quia in bonis non habeant*, quum eis deminutio sit interdicta. Daher können solche Sachen auch nicht usucapirt werden. L. 1, 2 C. de usucap. pr. emt. (VII. 26.) Ueber das testamentarische Veräusserungsverbot: Fr. 114. § 14. De leg. I. (XXX. 1.) Fr. 38. pr. De leg. III. (XXXII. 1.) Zuweilen ist die Alienation während einer gewissen Zeit verboten. Fr. 18. § 3. De leg. III.

[16]) Fr. 16. 17. De publ. in rem act. (VI. 2.)

[17]) Der gegenwärtige Usucapionsbesitzer hat vor dem ehemaligen den Vorzug, wenn nur nicht beide denselben Autor haben. Fr. 9. § 4. De publ. in rem act. Eine andere Ansicht, welche keinen Beifall fand, und wohl aus Versehen in die Pandekten aufgenommen wurde, trägt Neralius vor in Fr. 31. § 2. De A. E. V. (XIX. 1.) Vgl. v. Vangerows Leitf. § 335. S. 599. 600. — Puchta, Cursus II. S. 570—572. — Glück VIII. S. 361—364. — Guyet de publ. act. § XXI. — Obrock de publ. act. § 5. p. 100—102. — Huschke, Zeitschrift für Civil-R. und Prozess B. XX. S. 186—189. gibt einen neuen nicht sehr glücklichen Vereinigungsversuch.

[18]) Dahin gehören folgende Fälle: 1. Fr. 72. De R. V. (VI. 1.) Fr. 4. § 32. De dol. mal. exc. (XLIV. 4.) Fr. 2. De exc. rei vend. et trad. (XXI. 3.) Replicatio rei venditæ et traditæ. — 2. Fr. 24. De exc. rei iud. (XLIV. 2.) replicatio: at si res iudicata non sit. — 3. Fr. 14. de publ. in rem act. replicatio: si auctor meus non ex voluntate tua vendidit. — 4. Fr. 28. De N. A. (IX. 4.) replicatio doli mali: nisi litis æstimationem offerat. Auch in dem Fall des Fr. 18. § 15. De damn. inf. (XXXIX. 2.) kann eine ähn-

des Eigenthümers ist der bonæ fidei possessor ohne allen Schutz.[19]) Eine Einrede wird ihm nur gegen seinen Autor oder dessen Erben gestattet, wenn diese mittlerweile das Eigenthum, welches ihnen früher fehlte, erworben haben.[20]) Allein alles diess genügt nicht, die Unanwendbarkeit des in bonis auf die bonæ fidei possessio darzuthun. Klage und Einrede sind auch da vorhanden, wo sie ihrerseits durch Exception und Replication entkräftet werden können, und die publiciana des bonæ fidei possessor hat ganz dieselbe Natur, wie diejenige

---

liche replicatio vorkommen, wenn derjenige, gegen welchen die missio erkannt wurde, nicht Eigenthümer, sondern nur bonæ fidei possessor war. Ohne Grund wollte Guyet p. 66. VI. und Obrock p. 108. 3. einen besondern Fall aus diesem Fragment ableiten. Eben so grundlos ist die Annahme, dass Fr. 57. mandati hier anzureihen sei. Auch Fr. 22. pr. De A. R. A. (XXV. 2.) Fr. 68. De R. V. (Pap. XII. quæst.) werden mit Unrecht hieher gezogen von Guyet p. 65. III. und v. Vangerow § 335. I. 8. 598. a. In Fr. 22. pr. c. klagt der Mann mit der act. rer. amot. gegen die geschiedene Frau, und erhält von ihr die litis æstimatio. Darauf tritt er oder sein Erbe mit der vindicatio auf. Julian schützt die Frau gegen die zweite Klage durch eine exceptio ohne Zweifel rei venditæ et traditæ, cf. Fr. 1. 3. Pro emt. (XLI. 4.) Diese, so schliesst man nun, muss ihr auch als replicatio zu Gebote stehen, wenn sie, statt belangt zu werden, selbst mit der publiciana gegen den Mann auftritt. Allein man bedenke, dass die Frau durch Leistung der Litisästimation an den Mann, dessen Eigenthum Julian offenbar voraussetzt, unverzüglich selbst Eigenthümerin wurde, arg. Fr. 46. 47. de R. V., dass sie also selbst vindiciren könnte, wenn ihr nicht die Klugheit zur Anstellung der publiciana riethe, dass mithin kein Prätor sich zur Ertheilung einer exc. dominii verstehen wird, deren Beweis auch die klagende Frau für ihre Vindication geltend machen könnte. Wenn irgendwo, so muss hier der Satz: exceptio iusti dominii causa cognita datur, zur Anwendung kommen. So ist auch keine replicatio nöthig. Und in der That schweigen beide Stellen sowohl von der exceptio dominii als von der replicatio doli mali; ja Papinian erklärt ausdrücklich, dass der, welcher zuvor die Litisästimation angenommen hat, selbst durch restitutio derselben keinen Anspruch auf die exceptio dominii gewinnt.

19) Fr. 31. § 2. De act. emt. vend. (XIX. 1.)

20) Fr. 4. § 32. De dol. mal. et met. exc. (XLIV. 4.) «exceptione in factum comparata vel doli mali.» Hier heisst es übrigens von einem Eigenthümer, der früher als blosser bonæ fidei possessor die Sache veräusserte, er habe sie nicht in bonis. Daraus aber darf nicht gefolgert werden, ein von diesem Eigenthümer bestelltes Pfand sei von vorn herein ungiltig. Ulpian spricht nicht von dem in bonis beim Pfandrecht, und urtheilt überhaupt nur nach dem Erfolge. Es ist so gut, sagt er, als wäre eine res aliena veräussert worden.

des sogenannten bönitarischen Eigenthümers, mag sie auch in einzelnen Fällen dem stärkern Rechte eines Dritten unterliegen. Die Pfandklage wird denn auch wirklich in direkter nicht in utiler Fassung dem Besitzer in gutem Glauben eingeräumt. So von Ulpian in Fr. 21 § 1 De P. et H.

Si debitor servum, quem a non domino bona fide emerat, et pignoravit, teneat, serviana locus est, et si adversus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet, et ita Julianus ait et habet rationem.

Ulpian gestattet die serviana, d. h. nach dem oben dargestellten Sprachgebrauch unserer Quellen, die pignoraticia in rem actio, ohne allen weitern Zusatz, also in directer Fassung. Damit wird aber nun die höchst wichtige Bemerkung verbunden, dass Einrede und Replication bei der Pfandklage dieselben sind wie bei der publiciana, mit andern Worten, dass die pignoraticia, obwohl ipso iure begründet, doch niemals weiter reichen kann, als die publiciana des Verpfänders. Noch deutlicher und in entschiedener Allgemeinheit wird dasselbe Princip in folgenden Fragmenten ausgesprochen.

Paulus in Fr. 18 De P. et H.

Si ab eo, qui publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per servianam prætor, quemadmodum debitorem per publicianam.

Steht also der publiciana des Verpfänders die Einrede des Eigenthums entgegen, so wird auch der Gläubiger auf dieselbe Weise abgewiesen; wo aber die publiciana einredefrei ist, da ist es auch die Pfandklage; mit einem Worte, die pignoraticia folgt dem Vorbild der publiciana, sie richtet sich ganz nach ihrer Theorie. Eine Bestätigung liegt in der Behandlung mehrerer Pfandgläubiger, welche ihr Recht von demselben oder von verschiedenen bonæ fidei possessores ableiten. Für jene gilt der Vorzug der Zeit, für diese der Vorzug des Besitzes, nicht anders als für die publiciana der Verpfänder untereinander.[21])

[21]) Fr. 14. Qui pot. Was von der exceptio dominii, das gilt in allen denjenigen Fällen, in welchen das Eigenthum des Verpfänders zwar an sich vorhanden, aber doch einer Exception anderer Art unterworfen ist. Sehr

Das Resultat ist folgendes: Klage und Einrede des bonae fidei possessor begründen ein wahres in bonis; die pignoraticia in rem actio kommt also in direkter Fassung zur Anwendung; aber sie unterliegt denselben Bestimmungen, welche für die publiciana gelten. —

Es giebt also nur *eine* Pfandklage für das sogenannte bonitarische Eigenthum und die bonae fidei possessio, gerade wie es für beide auch nur *eine* publiciana giebt, aber in ihrer Theorie kommen dieselben Verschiedenheiten zur Geltung, welche auch die beiden Anwendungen der publiciana von einander trennen, und in dieser Beziehung ist es wohl erlaubt, von zwei Pfandklagen, einer bonitarischen und einer publicianischen, d. h. mit bonitarischem und publicianischem Recht, zu reden.

17. Wir wenden uns zu der Betrachtung der dritten Formelbedingung, zu dem: neque pecuniam solutam esse, neque eo nomine satisdatum esse, neque per creditorem stetisse quo minus solveretur. Mit dem Beweis der Pfandbestellung und des in bonis hat der Gläubiger seine Aufgabe erfüllt. Er trägt den Sieg davon, wenn nicht der Beklagte seinerseits den Untergang der zu Grunde liegenden Forderung darthut.[1]) Diess Recht räumt dem Schuldner die Formel in dem angeführten Abschnitt ein. Man hat die Anomalie, welche in der Verbindung so verschiedenartiger Elemente liegt, niemals gehörig hervorgehoben. Und doch lässt sich kein zweites Beispiel der Art entdecken. Die Formel enthält mehr als den von dem Kläger zu beweisenden Klagegrund, sie enthält auch die Vertheidigung des Beklagten und diese nicht etwa in Form einer *Exception*, d. h. einer nur gegen die strenge *Wirkung* der Klage erhobenen Einwendung, sondern in der völlig verschiedenen Bedeutung einer *Bedingung* des Klagerechts selbst, einer

belehrend ist das Beispiel Papinians in Fr. 3. § 1. De P. et H. Dahin auch Fr. 3. pr. D. eod. Ein ähnlicher Fall in Fr. 7. § 3. De iure dot. (XXIII. 3.)

[1]) Dass hier der Beklagte beweisen muss, ergibt sich aus der Regel der L. 25 C. de sol. et lib. (VIII. 43.) und aus der Darstellung des Fr. 23. De prob. et præs. (XXII. 3.) durch ein argumentum a contrario.

conditio formulæ, wie sie Marcian ausdrücklich nennt.[2]) — Von den verschiedenen Tilgungsarten der Obligationen hat aber der Prätor nur zwei aufgenommen. Alle übrigen kommen nicht in Betracht. Darin besteht der zweite Punkt, welcher besondere Aufmerksamkeit verdient. Tilgung durch Zahlung und Befreiung durch Acceptilation, solutio naturalis und solutio imaginaria, sind allein zur Geltendmachung geeignet. Die Acceptilation fällt unter den Ausdruck satisdatum, welchen uns Marcian so erläutert:

Fr. 49 De sol. et lib. (XLVI. 3.)

Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. — — *Quodsi acceptum latum sit, quod stipulationis nomine hypotheca erat obligata, vel sine stipulatione accepta sit, solutionis quidem verbum non proficiet, sed satisdationis sufficit.*

Wir haben in dieser Stelle die Interpretation der Formelworte selbst vor uns. Marcian spricht zuerst von der *Solution*, alsdann von der *Satisdation*. Offenbar waren diess die einzigen Tilgungsarten, deren der Prätor gedachte. Von Satisfaction keine Rede. Damit stimmen alle diejenigen Stellen überein, welche die Formelfassung selbst anführen, insbesondere

L. 1 C. si pign. conv. num.

Intentio dati pignoris neque redditæ pecuniæ.

L. 19. C. De usur.

Serviana actio manifeste declarat, pignoris inhiberi persecutionem vel solutis pecuniis, vel si per creditorem steterit, quo minus solvantur.

Fr. 13. § 1. Ad S. C. vell.

— verum est, convenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam.

Allerdings finden sich auch Fragmente, in welchen von Satisfaction die Rede ist, so besonders Fr. 13. § 4. De P. et H. Fr. 5. §§ 2. 3. Fr. 6. pr. § 1. Fr. 14. Qui pot. Fr. 8.

[2]) Fr. 13. § 4. De P. et H. Die von dem Kläger zu beweisenden Thatsachen sind keine conditiones; was von der solutio gilt, das findet auf die pignoris conventio und das in bonis keine Anwendung. Diese Thatsachen

§§ 9. 10. Quib. mod. pign. Fr. 30. § 1. De exc. rei iud. (XLIV. 2.) Fr. 10. De pign. act. L. 5. Si vend. pign. Allein diese sprechen nicht von der Formelfassung, sondern lassen sich eben so gut von der Interpretation der Juristen verstehen und umfassen zum Theil auch die Solution.[3]) Der Prätor unterscheidet also nicht zwischen Zahlung und jeder andern Befriedigung, er stellt vielmehr solutio naturalis und solutio imaginaria, Tilgung durch Zahlung und Tilgung durch Acceptilation einander gegenüber, in derselben Weise, in welcher sich dieser Gegensatz in den Schriften der Juristen findet.[4]) Die Ausdrücke, deren er sich bedient, sind jedoch absichtlich so gewählt, dass sie mehr als die blosse Baarzahlung, mehr als die strenge Acceptilation umfassen, nämlich ausser der Baarzahlung jede andere Befriedigung, zu deren Annahme der Gläubiger bereit ist,[5]) durch Novation,[6]) Hingabe an Zahlungsstatt,[7]) Expromission[8]) und Delegation,[9]) Eid,[10]) Compensation,[11]) insbesondere Bürgschaftstellung,[12]) überdiess das absolutorische Urtheil,[13]) ausser der Acceptilation auch noch jede anderweitige unförmliche Quittirung durch blosses Pactum, letztwilligen Erlass und einfachen Transact.[14]) Diesen umfas-

---

begründen die Klage, sie bedingen sie nicht, daher scheint mir Rudorff a. a. O. S. 229. in seinen Folgerungen aus jenem Ausdruck zu weit zu gehen.

3) So L. 9 C. de P. et H. Fr. 8. §§ 9. 10. Quib. mod. pign. L. 5 C. si vend. pign. L. 3 C. de luit pign.

4) Gaius III. §§ 168. 169. Fr. 107. De sol. et lib. (XLVI. 3.) In besonderer Beziehung auf das Pfandrecht in Fr. 11. § 1. De pign. act.

5) Fr. 6. §§ 1, 2. Quib. mod. pign. Vgl. Fr. 9. § 3 De pign. act.

6) Fr. 11. § 1. De pign. act. L. 1 C. etiam ob chirogr. Vgl. Fr. 21. § 3. De ann. leg. (XXXIII. 1.)

7) L. 3 C. de luit. pign. Vgl. L. 17 C. de sol. et lib. (VIII. 43.)

8) Fr. 10. De pign. act.

9) Vgl. Fr. 68. § 1. De evict. (XXI. 2.) Fr. 19. § 4. De don. (XXXIX. 5.)

10) Fr. 5. § 3. Quib. mod. pign.

11) Fr. 4. Qui pot.

12) Fr. 5. § 2. Fr. 14. Quib. mod. pign. Vgl. Fr. 6. § 2. D. eod.

13) Fr. 13. Quib. mod. pign.

14) Alles sind Fälle der pecunia sine stipulatione accepta, d. h. ohne Hilfe einer stipulatio, welche die Anwendbarkeit der acceptilatio bedingt. Vgl. Fr. 2. De transact. (II. 15.) — Fr. 1. § 1. Fr. 2. pr. De lib. leg. (XXXIV. 3.) Fr .11 .§ 1. De pign. act.

senden Sinn des Ausdrucks satisdatio macht Marcian besonders bemerklich. Liegt eine Stipulationsschuld vor, so kann die förmliche Acceptilation zur Anwendung kommen.[15]) Ist das Pfand dagegen für eine Forderung anderer Art, z. B. für ein Darlehn versetzt,[16]) so soll der Umweg der Novation und Acceptilation[17]) nicht erforderlich sein, sondern jede Liberation durch einfaches pactum dasselbe bewirken. Auch hiefür genügt das satisdare. Sehr nahe liegt die Vermuthung, dass Marcian auch die solutio per aes et libram hervorhob,[18]) dass aber die Compilatoren diese veraltete Liberationsart strichen. Wie dem sei, im Ganzen hat auch in dem dritten Formelabschnitt das factische natürliche Element, welches der Prätor überhaupt vertritt, die Oberhand erhalten. Zu der Pfandobligation ist keine civile Vertragsform erforderlich, das Recht des Verpfänders braucht nicht quiritarisches Eigenthum zu sein, dazu kommt nun, dass neben den civilen Liberationen auch die natürlichen anerkannt werden; ja selbst nicht alle civilen können geltend gemacht werden, sondern nur die, welche unter den Begriff der Solution oder Satisdation fallen. Ausgeschlossen sind also namentlich die in dem Urtheil liegende Novation,[19]) die Confusion[20]) und die Verjährung der persönlichen Klage.[21])

18. Wir haben oben schon hervorgehoben, dass die Mehrzahl unserer Schriftsteller den Ausdruck satisdatum durch den völlig verschiedenen satisfactum ersetzt. Zwei Umstände stehen ihnen hierbei zur Seite, zuerst die öftere Hervorhebung des Begriffs der Satisfaction gerade in Bezug auf die Pfandklage, überdiess die von uns angenommene völlig ungewöhnliche Bedeutung von satisdatum. Das erste Argument erhält

---

15) Gaius III. § 170. — Fr. 8. § 3. Fr. 14. De accept. (XLVI. 4.)
16) Vgl. Fr. 19. pr. De accept.
17) Vgl. Fr. 13. § 10. De accept.
18) Gaius III. §§ 173—175.
19) Fr. 13. § 4. De P. et H. L. 8. C. eod. L. 1. C. etiam ob chirogr.
20) Fr. 59. pr. Ad S. C. treb. (XXXVI. 1.)
21) L. 2. C. de luit. pign.

durch den bekannten Ausspruch Marcians: suas conditiones habet hypothecaria actio, idest *si soluta est pecunia aut satisfactum est*, quibus cessantibus tenet[1]) grosses Gewicht. Aber es ist doch nicht zu läugnen, dass diese Stelle keineswegs nothwendig von der Formelconception verstanden werden muss. Marcian giebt das Resultat der Theorie, nicht die Formelworte und die Natur des Falles, der ihm gerade zur Betrachtung vorliegt, nöthigt ihn zu diesem Verfahren. Die Theorie aber unterscheidet zwischen Baarzahlung, solutio im engsten Sinn und jeder anderweitigen Befriedigung, solutio im weitern Sinne.[2]) Unter keinen dieser beiden Theile des Ausdrucks solutum fällt die durch das Urtheil herbeigeführte Novation. Nur so lässt sich Uebereinstimmung zwischen der vorliegenden Stelle und dem völlig unzweifelhaften Fr. 49 De sol. et lib., beide aus demselben Werke Marcians, herbeiführen. Fr. 49 giebt ganz entschieden und bestimmt die Formelworte selbst, noch mehr, es unternimmt ihre Erläuterung im Einzelnen. Die Lesart ist völlig sicher, und der Gegensatz zwischen der solutio quæ naturaliter intelligitur und der acceptilatio, einer solutio imaginaria, den römischen Juristen ganz geläufig. Werden wir dadurch nicht zu der Verwerfung des satisfactum geradezu gezwungen? — Der ungewöhnliche Wortsinn von satisdatum kann durchaus nicht in Abrede gestellt werden. Aber auch diess Bedenken vermag Nichts gegenüber der bestimmten Erklärung Marcians. Dazu kommt, dass die imaginaria solutio und die ihr gleichgestellte acceptio sine stipulatione in der Formel gar kein Unterkommen findet, wenn wir den Ausdruck satisdatum verwerfen. Dass die Acceptilation keine Solution ist, leuchtet ein, denn von dieser heisst es, sie werde naturaliter interpretirt. Eben so wenig aber fällt sie unter den Begriff der Satisfaction, denn die Accep-

[1]) Fr. 13. § 4. De P. et H.

[2]) Fr. 54. De sol. et lib. (XLVI. 3.) Vgl. Fr. 52. D. eod. Nur scheinbar Fr. 176. De V. S. (L. 16.) Im engern Sinne wird der Ausdruck solvere in dem Edict: condemnatus ut pecuniam solvat, gebraucht. Fr. 4. § 3. De re iud. (XLII. 1.)

tilation ist eine Art der liberatio ohne Befriedigung, nicht anders als das pactum de non petendo und der Transact. — Es bliebe noch ein Ausweg, man könnte satisdatum und satisfactum für völlig gleichbedeutend nehmen, und daraus den abwechselnden Gebrauch beider Ausdrücke erklären. Aber diess räume ich nicht ein. Satisdatum ist nie mit satisfactum gleichbedeutend. Es bezeichnet in der Regel die Versicherung durch Bürgschaft, es bezeichnet nach Marcian ausnahmsweise die Anerkennung erfolgter Befriedigung in Form von acceptilatio oder acceptio sine stipulatione,[3]) es bezeichnet aber niemals jede Art der Befriedigung, und die Stellen, welche diese weite Bedeutung zu enthalten scheinen, sind in der That ganz anders zu erklären.[4])

19. Einen letzten Vorzug erhält die pignoraticia in rem actio durch das dem Richter eingeräumte doppelte arbitrium auf Zahlung oder Restitution der Pfandsache. Jeder Beklagte, sowohl der dritte Besitzer als der Verpfänder selbst, kann sich auch nach schon erfolgter Verurtheilung immer noch durch Abtragung der Schuld oder Hingabe der Sache der definitiven Condemnation entziehen. Ja die Stellung des Richters ist in der Beurtheilung dieser Frage eine so vollkommen freie, dass der siegreiche Kläger zuweilen zur Annahme einer cautio de restituendo statt der Restitution selbst gezwungen wird;[1]) und die Milde der Behandlung geht so weit, dass auf die Restitution der Früchte nur da erkannt werden soll, wo die Sache selbst zur Tilgung der Pfandforderung nicht hinreicht,[2]) ja

[3]) Zur Rechtfertigung des Wortes *satisdatum* in dieser Bedeutung vgl. Fr. 31. § 4. De mort. c. don. (XXXIV. 6.) per accepti quoque lationem — debitor liberatus totam eam pecuniam qua liberatus est, *accepisse videtur*.

[4]) In Fr. 2. pr. Pro her. vel pro poss. (XLI. 5.) ist satisdatio Bürgschaft, denn es handelt sich von der satisdatio legatorum servandorum causa. In Fr. 15. § 5. De re iud. (XLII. 1.) soll der Gläubiger durch Bürgschaft für seine Rechte gesichert werden. In Fr. 21. § 2. De pec. const. (XIII. 5.) ist die Rede davon, wie einem constitutum de satisdatione Genüge geleistet, satisfacirt werden kann, also: an constituto de satisdatione sit satisfactum. Gerade so auch in Fr. 3. De fidei. et mand. (XLVI. 1.)

[1]) Fr. 16. § 3. De P. et H.

[2]) Fr. 16. §. 4. D. eod. «nisi exstent et res non sufficit.»

dass selbst nach schon erfolgter Verurtheilung, entgegen den strengen Grundsätzen über die Rechtskraft der res iudicata die Abtragung der Schuld als Befreiung von der Condemnationssumme gilt.[3]) Halten wir diese Bestimmungen mit dem Recht der fiducia zusammen, so ist ein wesentlicher Fortschritt in der Ausbildung der Realcaution nicht zu verkennen. Die fiducia gieng über das Ziel und die Bestimmung des Pfandes hinaus. Statt blosser Befriedigung und Indemnität sicherte sie dem Gläubiger dauerndes Eigenthum. Jede nicht rechtzeitige Zahlung befreite von der Pflicht der Zurückgabe; auf das Verhältniss des Sachwerths zu der Höhe der Forderung kam dabei gar nichts an. Das Recht der pignoraticia in rem actio folgte einer ganz andern Grundansicht. Es behielt die Bestimmung des Pfandes als Sicherungsmittel für die künftige Befriedigung stets im Auge. Gewinnen soll der Gläubiger nichts, er soll nur das Seine erhalten, ja er soll sogar die Rechtskraft nicht zur Steigerung seiner Forderung geltend machen dürfen. Dasselbe Princip leitet auch bei der Beurtheilung jedes durch das Pfand vermittelten zufälligen Erwerbs.[4]) Aber die Befriedigung muss eine vollständige sein; theilweise Solution oder theilweise Acceptilation[5]) haben keine verhältnissmässige Reduction des Pfandrechts zur Folge. Die pignoris causa ist individua.[6])

30. Haben wir bisher die Eigenthümlichkeiten der Pfandklage in Verbindung mit den einzelnen Formeltheilen betrachtet, so bleiben uns jetzt noch einige Bemerkungen über das Ganze. Wir lernen zuerst aus der Zusammensetzung der Pfandformel, dass auf die bona oder mala fides des Pfandgläubigers gar nichts ankommt. Ist der Verpfänder selbst malæ fidei possessor, so nützt dem Gläubiger seine eigene bona fides nicht das Mindeste; umgekehrt wird dem Gläubiger seine ei-

---

3) Fr. 16. § 6. D. eod.
4) Vgl. Fr. 12. § 1. De distr. pign.
5) Vgl. Gaius III. 172. Fr. 9. Fr. 13. § 2. De accept. (XLVI. 4.)
6) Fr. 19. De P. et H. L. 3. C. de neg. gest. (II. 19.) L. 1 C. de luit. pign.

gene mala fides nichts schaden, sobald nur der Verpfänder bonæ fidei possessor ist. Dass auch hierin die fiducia ganz andern Grundsätzen folgen musste, versteht sich von selbst. — Aus den Formelbedingungen lässt sich ferner der Kreis derjenigen Vermögenstheile, auf welche die Pfandklage Anwendung finden kann, mit Leichtigkeit bestimmen. Zwei Eigenschaften müssen zusammentreffen: Besitzfähigkeit und actio in rem, — Besitzfähigkeit, weil die pignoraticia Besitzverpfändung voraussetzt; actio in rem, weil da, wo eine solche überhaupt nicht anerkannt ist, auch die pignoraticia in rem nicht zur Anwendung kommen kann. Blosse Besitzfähigkeit des verpfändeten Vermögensrechtes genügt also für sich allein noch nicht, es wird überdiess Verfolgbarkeit desselben durch eine in rem actio erfordert. Wo das eine oder das andere fehlt, da kommt niemals eine pignoris obligatio, d. h. ein mit der pignoraticia in rem actio verfolgbares Besitzpfand, zur Entstehung. Das Erforderniss der Besitzfähigkeit des Gegenstandes fehlt z. B. bei den servitutes prædiorum urbanorum, welche keine besondere Interdicte, wohl aber eine in rem actio haben.[1]) Umgekehrt sind die superficies und emphyteusis Gegenstände des Besitzes (possessio oder quasi possessio), aber erst in sehr später Zeit Gegenstände einer in rem actio, daher auch bis dahin der pignoraticia in rem actio entzogen.[2]) Beide Erfordernisse zugleich fehlen bei den Forderungsrechten, wenn gleich die Schuldurkunde Gegenstand eines Faustpfandes sein kann;[3]) ebenso bei allen geheiligten Gegenständen,[4]) endlich

---

[1]) Fr. 11. § 3. De P. et H.

[2]) Fr. 16. § 2. De pign. act. Fr. 13 § 3. Fr. 31. De P. et H.

[3]) Daher wird stets von einem nomen *pignori*, nie hypothecæ datum gesprochen. Fr. 20. De P. et H. «*cautionis* exemplo, quam debitor creditori *pignori* dedit.» Also Uebergabe der Schuldurkunde, aber dennoch keine pignoraticia in rem, sondern eine utilis in personam actio. L. 4 C. quæ res pign. Fr. 18. pr. De pign. act.

[4]) Sie können weder vindicirt, Fr. 23. § 1. De R. V. (VI. 1.) noch besessen werden. Fr. 30. De acq. vel am. poss. (XLI. 3.) — L. 2 C. de relig. (III. 44.) L. 3 C. quæ res pign. (VIII. 17.) Ausnahme: L. 21 C. de sacr. eccl. (I. 3.) Vgl. Nov. 120. c. 10.

dar, dass von dem Gegensatze zwischen Recht und Mittel der Geltendmachung desselben nur der eine Theil, die Klage, bei ihr zur Ausbildung gekommen sei. Es findet sich kein Recht, das weiter ginge als die Klage, *das Recht selbst ist auf die Klage beschränkt.* Fällt sie weg, so bleibt nichts übrig. Dieser Unterschied ist oft übersehen, niemals in seiner ganzen Bedeutung gewürdigt worden. Und doch hebt ihn Gaius, der Bearbeiter der formula hypothecaria, in dem VI. Buch zum Provincial-Edict in völlig klaren Worten ausdrücklich hervor. Der Satz, dass die Verfolgung des ususfructus und der Pfandrechts dem nicht zu gestatten sei, welcher die Vertheidigung des Sklaven im noxale iudicium zu übernehmen sich weigerte, veranlasst ihn zu folgender Bemerkung:

Fr. 27. pr. De nox. act. (IX. 4.)

— Quo casu dici potest, ipso iure pignus liberari; *nullum enim pignus est, cuius persecutio negatur.* Ususfructus autem, etiamsi persecutio eius denegetur, ipso iure durat eousque, donec non utendo constituto tempore pereat.[1])

Neben der actio pignoraticia in rem wird nun aber dem Pfandgläubiger in zwei Stellen ein ius in re zugeschrieben.[2]) Es scheint also, dass man auch auf dem Gebiete der Besitzesverpfändung zwischen Klage und Recht zu unterscheiden anfing. Die Veranlassung zu dieser Auffassung liegt in der Ausbildung der Verkaufsbefugniss. Mit ihr tritt der Klage ein Recht zur Seite,

---

[1]) Diese Stelle wurde von ältern und neuern Juristen völlig missverstanden. Cuiacius (opp. t. X. p. 1209.) gibt folgende Erklärung der verschiedenen Behandlung von Pfand und Niessbrauch: pignus constituitur iure praetorio atque ita pacto nudo, ipso iure ei denegata serviana, ususfructus autem de iure civili, itaque non perimitur, nisi alio iure civili. Ebenso Faber Ration. ad Fr. 27. pr. c. — Zimmern, System der Noxalklagen, S. 233. findet in unserm Fragment die Behauptung, die Pfandverfolgung brauche nicht erst durch exceptio unkräftig zu werden, wie der ususfructus. Allein wo die Klage von vornherein abgeschlagen wird, da ist für die Exception kein Raum und kein Bedürfniss.

[2]) Fr. 30. De nox. act. (IX. 4.) — Si domini sint, sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius. Fr. 19. pr. De damn. inf. (XXXIX. 2.) — Sive domini sint, sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius.

das weiter geht als sie. Für die Theorie der Besitzesverpfändung hätte der Gegensatz von Recht und Klage, von ius und actio, die durchgreifendste Bedeutung erlangen müssen, wäre ihm überhaupt Folge gegeben worden. Fand sich nur eine Klage und kein weiter gehendes Recht, so hing die Beurtheilung des ganzen Instituts nur allein von der Formelfassung ab. Kam dagegen neben der Klage noch ein besonderes ius in re zur Anerkennung, so mussten alle aus diesem Begriffe ententspringenden Rechtsfolgen mit anerkannt werden. Diess geschah nicht. Es darf niemals vergessen werden, dass der Begriff des Pfandrechtes als eines ius in re völlig secundär ist,[3]) dass ihm kein Einfluss auf die Entscheidung pfandrechtlicher Fragen zukommt, und dass die Behandlung der übrigen iura in re für das pignus in keinem Theil maasgebend sein kann. Nur die Pfandklage selbst entscheidet. Ihre Formel muss die Beurtheilung leiten; ihre Begründung bedingt das Dasein des Rechts. Die umgekehrte Auffassung, welche den Begriff des ius in re zum Ausgangspunkt wählt, an ihm alle Entscheidungen misst, von ihm die Gestaltung der Pfandklage abhängen lässt, bildet seit langer Zeit die Grundlage und den Grundfehler aller Darstellungen unseres Rechtstheils. Freilich passte sie allein zu der dogmatischen Tendenz unserer Litteratur. Diese will Alles in abstracten Schulbegriffen zur Hand haben. Wie konnte ihr die Pfandklage genügen? Eine Definition des Rechtes gehört an die Spitze. Was Wunder, dass diese Richtung dem Begriff des Pfandrechts, dem pignus als ius in re, die Herrschaft zuerkannte, und in geradem Gegensatz zu dem Verfahren der römischen Juristen, der Klage ihre Stellung unter dem Gefolge anwies?

Wer die Verkehrtheiten dieses Systemes übersieht und die Menge der Schwierigkeiten kennt, mit welchen es bei der Quellen-Interpretation zu kämpfen hat, der möchte wohl den

[3]) Die Verpfändung konnte daher auch auf ein Rechtsgebiet ausgedehnt werden, welchem der Begriff eines ius in re völlig fremd ist: auf die Obligationen. An dem nomen ist wohl ein Pfandrecht, aber kein ius in re möglich.

Ausdruck Pfand*recht* von vorneherein verbannt wissen, und ihn überall, so weit es die Darstellung erlaubt, durch Pfand*klage* ersetzen. Diese Bezeichnung würde fortwährend an den Standpunkt erinnern, von welchem aus die Erklärung der römischen Rechtssätze unternommen werden muss, und so dem System manche Ungereimtheit ersparen, welche, wie die Lehre von dem Pfandrecht an der eigenen Sache, fortwährend eine unfruchtbare Polemik beschäftigen. Unsere nächste Aufgabe soll es sein, an einem Beispiele die ausschliessliche Abhängigkeit der pfandrechtlichen Entscheidungen von der Formelfassung darzuthun, und zugleich die Verkehrtheiten, zu welchen der Begriff des ius in re die nächste Veranlassung war, anschaulich zu machen.

2. Wir wählen hiezu folgenden Fall aus Paulus liber XIV. quæstionum.

In Fr. 30. § 1. De except. rei iudic. (XLIV. 3.)

Latinus Largus: Quum de hereditate inter Mævium, ad quem pertinebat, et Titium, qui controversiam moverat, transigeretur, traditio rerum hereditariarum Mævio heredi a Titio facta est; in qua traditione etiam fundum ei suum proprium, quem ante multos annos avo eiusdem Mævii heredis obligaverat, quemque alii postea in obligationem deduxerat, ex causa pacti tradidit; his gestis posterior Titii creditor ius suum persecutus est et obtinuit; post hoc iudicium Mævius heres reperit in rebus avitis chirographum eiusdem Titii ante multos annos conscriptum, per quod apparuit, eum fundum, qui in causam transactionis venerat, etiam avo suo ab eodem Titio fuisse obligatum. Quum ergo constet, prius avo Mævii heredis in obligationem eundem fundum datum, de quo Mævius separatus est, quæro, an ius avi sui, quod tunc, quum de eodem fundo ageretur, ignorabat, nulla exceptione opposita exsequi possit?

Respondi: Si de proprietate fundi litigatum et secundum actorem pronuntiatum fuisset, diceremus, petenti ei, qui in priore iudicio victus est, obstaturam rei iudicatæ exceptionem, quoniam de eius quoque iure quæsitum videtur, cum actor petitionem implet; quodsi possessor absolutus amissa possessione

eundem ab eodem, qui prius non obtinuit, peteret, non obesset ei exceptio; nihil enim in suo iudicio de iure eius statutum videtur. Cum autem pignoraticia actum est adversus priorem creditorem, potest fieri, ut de iure possessoris non sit quæsitum, quia non, ut in proprietatis quæstione quod meum est, alterius non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probavit sibi teneri, et probabilius dicitur, non obstare exceptionem, quoniam de iure possessoris quæsitum non est, sed de sola obligatione. In proposita autem quæstione magis me illud movet, numquid pignoris ius exstinctum sit dominio acquisito? Neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore; actio tamen pignoraticia competit, verum est enim, et pignori datum et satisfactum non esse. Quare puto non obstare rei iudicatæ exceptionem.

Ein Erbschaftsstreit zwischen Mävius und Titius wurde durch einen Vergleich beendigt, in Folge dessen Titius seinem Gegner Mävius die Erbschaftsstücke, überdiess ein ihm eigenthümlich zugehörendes Grundstück zu übergeben hatte. Diess letztere war schon früher von demselben Titius dem Grossvater des Mävius, in zweiter Linie noch einem andern Gläubiger verpfändet worden. Nachdem dieser letztere bereits mit der Pfandklage den Sieg davon getragen hatte, entdeckte auch Mävius unter den Schriften seines Ahnherrn die Pfandurkunde. Kann er nun seinerseits mit Erfolg gegen den im ersten Rechtsstreit siegreichen Gegner auftreten? Paulus erklärt die exceptio rei iudicatæ für ungegründet, die Pfandklage also von dieser Seite für gesichert. Grösseres Bedenken erregt ihm das Eigenthum des Mävius, mit welchem ja das Pfandrecht unverträglich sei. Dieser Einwurf wird ohne weitere Widerlegung durch einfaches Hinweisen auf die Formelfassung der actio pignoraticia beseitigt. Betrachten wir diese Schwierigkeit und ihre Lösung genauer.

Magis me illud movet, numquid pignoris ius exstinctum sit dominio acquisito, nec enim potest pignus perseverare domino constituto creditore.

Der Erwerb des Eigenthums macht dem Pfandbesitz ein Ende. Dabei ist es völlig gleichgiltig, ob das Eigenthum vor der Pfandbestellung [1]) oder umgekehrt die Pfandbestellung vor dem Eigenthum [2]) vorhanden war. Aus dieser Unvereinbarkeit von dominium und pignus nimmt nun Paulus sein Bedenken. Wenn der Pfandbesitz aufhört, so wirft er sich ein, wie kann da noch die Klage fortdauern, die ja doch keinen andern Zweck hat als den Erwerb eben dieses Besitzes? Die Antwort ist sehr kurz.

Actio tamen pignoraticia competit, verum est enim, et pignori datum et satisfactum non esse.

Die Pfandklage, sagt der Jurist, dauert so lange als die in ihrer Formel enthaltenen Bedingungen wahr sind und erwiesen werden können. Mag auch der *Pfandbesitz* aufgehört haben, das entscheidet für die *Klage* nicht. So kommt es, dass man seine eigene Sache zwar nie als Pfand besitzen, aber gar wohl als Pfand mit der pignoraticia vindiciren kann. Wo aber die Klage fortdauert, da darf man sagen, das Pfandrecht selbst daure fort, und auch Paulus schliesst sich dieser Behauptung an, indem er den Ausdruck «ius pignoris» gerade in Bezug auf die Klage und im Gegensatz zu dem blossen Pfandbesitz gebraucht.

Somit ist die eine Hälfte unserer Aufgabe erfüllt. Wir haben nachgewiesen, wie nur allein die Formelfassung für pfandrechtliche Entscheidungen wichtig ist, wie gegen sie alle andern Rücksichten verstummen. Es bleibt uns noch die zweite, nämlich die Enthüllung der Verkehrtheiten, welche die Auffassung des Pfandrechts als ius in re überall begleiten, wo ihr die Herrschaft eingeräumt wird. Nirgends zeigen sich diese in abschreckenderer Gestalt als gerade in den Interpre-

[1]) Wie in Fr. 33. § 5. De usurp. et usuc. (XLI. 3.) Si rem tuam quum bona fide possiderem, pignori tibi dem, ignoranti tuam esse, desino usucapere, quia non intelligitur quis suæ rei pignus contrahere.

[2]) Wie in Fr. 29. De pign. act. Si rem alienam bona fide emeris et mihi pignori dederis, ac precario rogaveris, deinde me dominus heredem instituerit, desinit pignus esse et sola precarii rogatio supererit, idcirco usucapio tua interpellabitur.

tationen des paulinischen Fragments. Die Corypheen der früheren Jahrhunderte und mit ihnen manche Schriftsteller unserer Zeit legen ihren Erklärungen das Dogma: kein Pfandrecht an der eigenen Sache, zu Grunde. Sie verstricken sich auf diese Weise gleich von vorn herein in einen doppelten Irrthum. Der erste liegt in der falschen Auslegung der Worte: nec enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. Paulus versteht unter dem Ausdruck pignus nicht das Pfandrecht, er behauptet keineswegs die Unvereinbarkeit von Eigenthum und Pfandberechtigung, er spricht von dem Pfandbesitz und findet in dessen Unverträglichkeit mit dem dominium den Grund seines Zweifels.[3]) Der zweite Irrthum ist der Inhalt jenes Dogmas selbst. *Es giebt allerdings ein Pfandrecht an der eigenen Sache.* Nur müssen wir uns vor allem über den Ausdruck *Pfandrecht* verständigen. Wir verstehen darunter, wie die Römer, die *Pfandklage* allein, mit ihr steht und fällt jenes; wir schliessen von demselben aus den *Pfandbesitz*, denn auch die Römer betrachten diesen als unwesentlich für den Begriff des Pfandrechts. Die Pfandklage ist nun aber nach dem Erwerb des Eigenthums so gut durchführbar als vorher; die Wahrheit ihrer Thatsachen bleibt stets dieselbe. Also wird das ius pignoris nicht vernichtet, also giebt es ein Pfandrecht an der eigenen Sache. Paulus bestätigt diese Behauptung auf das schlagendste. Er giebt die Unvereinbarkeit von Eigenthum und Pfandbesitz zu, ja er setzt sie als eine ausgemachte Sache voraus. Aber er widersetzt sich jeder Folgerung aus dem Schicksal des Pfandbesitzes auf das Schicksal der Pfandklage, er verweist die Beurtheilung der Klage an die in ihrer Formel ausgesprochenen Voraussetzungen, und proclamirt auf diese Weise die Unabhängigkeit des Pfandrechts von dem Pfandbesitz. — Sehen wir nun, zu welchen Verwirrungen der ebengerügte doppelte Irrthum die Ausleger unsers Fragments führte. Sie sahen sich in der Mitte zwischen zwei Behaup-

[3]) In derselben Weise wird der Satz rei suæ pignus consistere non potest überall aufgefasst, am entschiedensten in Fr. 33. § 5. De usurp. et usuc. (XLI. 3.) Fr. 29. De pign. act. Auch in Fr. 45. De R. I. (L. 17.)

tungen: auf der einen Seite ihr Dogma, *kein Pfandrecht an der eigenen Sache*, auf der andern Seite die klaren Worte des Paulus, *Fortdauer der Pfandklage auch nach dem Eigenthumserwerb*. Wie liess sich hier ein Ausgang finden? Jeder suchte sich auf seine Weise aus der Verlegenheit zu ziehen. Mit den Basiliken[4]) und den meisten ältern Interpreten unterschied A. Faber[5]) das ius in re von der Pfandklage. Jenes hat durch Confusion seinen Untergang gefunden, diese dagegen dauert fort so lange nicht Solution oder Satisfaction nachgewiesen werden kann. Hier zeigt sich das Dogmatisiren in seiner ganzen Verderblichkeit. Man bemächtigt sich des Ausdrucks: ius in re, reisst denselben von seiner Grundlage, der Pfandklage, los, ja stellt ihn derselben als etwas Verschiedenes gegenüber, und knüpft nun den Untergang des pignus und der actio pignoraticia an ganz gesonderte Bedingungen. Aber das Pfandrecht besteht nur in der Pfandklage, die Formel entscheidet über sein Dasein; Folgerungen aus dem abstracten Begriff eines ius in re sind ohne Bedeutung.

In anderer Weise sucht Cuiacius[6]) das auch von ihm als Regel anerkannte Dogma: kein Pfandrecht an der eigenen Sache zu retten. Er bezieht es ausschliesslich auf die Zeit der Pfandbestellung. Das Eigenthum des Gläubigers hindert die *Entstehung* des Pfandrechts, nicht aber dessen *Fortdauer*. Non est novum, ut, quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non possunt. (Paulus lib. VI. quæst. in Fr. 85. § 1. De R. J. [L. 16.]) Auch dieser Versuch verkennt die Bedeutung der Pfandklage gegenüber dem Begriff des ius in re; wir dürfen den Consequenzen des letztern nur in so weit beistimmen, als sie in dem

---

4) Ἔτι δε τοῦ προκειμένου θέματος, περιποιηθείσης μοι τῆς δεσποτείας τοῦ ἀγροῦ, ἡ μὲν ὑποθήκη λύεται. ἡ δε περὶ τῆς ὑποθήκης ἀγωγὴ σώζεται, ἐπειδὴ καὶ ἐνέχυρον ἐδόθη καὶ τὸ χρέος οὐ καταβλήθη.

5) Coniect. lib. VII. c. 18. — Ebenso Cuiacius ad L. 45 de R. I. (opp. t. VIII. p. 776.) Gesterding, Pfandrecht II. Ausg. S. 19—22., tadelt die Erklärung Fabers, ist dabei aber in der völligsten Rathlosigkeit, wie er ihr entgehen soll.

6) Ad L. 30. de exc. rei iud. (opp. t. V. p. 1104—1106.)

Recht der Klage Bestätigung finden. Der Eigenthümer aber, welchem der bonæ fidei possessor ein Pfand bestellt, wird auf die serviana mit publicianischem Recht ebenso gut Anspruch zu machen berechtigt sein, als jeder andere Pfandgläubiger. Die Bedingung derselben, die publiciana des Bestellers, ist in seiner Person nicht weniger vorhanden, als in der jedes andern Gläubigers. Hiergegen können Folgerungen aus dem Begriff des ius in re gar nicht in Betracht kommen. Ist die Pfandbestellung von einem malæ fidei possessor ausgegangen, so wird der Eigenthümer wieder nicht anders behandelt als jeder dritte; von dem malæ fidei possessor kann Niemand eine Pfandklage ableiten.

Den grössten Missbrauch des Begriffs von ius in re aliena lässt sich Jungenfeldt zu Schulden kommen.[7]) Er erklärt dasselbe seiner Natur nach für unvereinbar mit dem Eigenthum, lässt es daher gleich den Servituten durch Confusion untergehen, aber doch auch nach dieser Zeit noch Wirkungen äussern. Fürwahr ein warnendes Beispiel, wozu die dogmatische Behandlungsweise des Pfandrechts führt! Untergang durch Confusion! Fortdauer der Klage als utilis nach erloschenem Recht! Welche Rolle spielt bei diesen Entscheidungen der Inhalt der Formel? Offenbar nicht die geringste. Der abstracte Begriff des ius in re ist allein von Einfluss.

Und nun vollends Sintenis,[8]) welcher die Entscheidung des Paulus zu Gunsten einer völlig regelwidrigen Fortdauer des Pfandrechts neben dem Eigenthum nur dadurch zu rechtfertigen weiss, «dass letzteres dem Gläubiger-Eigenthümer gegen jenes (das Pfandrecht) gehalten, ohne Interesse ist, ihm also sein Pfandrecht so wenig nehmen darf, als wenn der Schuldner dem Gläubiger das Pfand gestohlen oder sonst entzogen, und dann entweder selbst oder ein dritter ihm wie eine andere Sache verkauft hat.» Enthalten die Worte des Paulus

[7]) Geduldt von Jungenfeldt. Das Pfandrecht an eigener Sache. S. 29—34 Nirgends hat dieser so viel Anklang gefunden als bei Fritz, Erläuterungen zu Wening. B. I. S. 545—547.

[8]) Pfandrechtliche Streitfragen. S. 94. 95.

auch nur die leiseste Andeutung dieses Entscheidungsgrundes? Beruft sich derselbe nicht vielmehr einzig und allein auf die Formel-Conception?

Auch bei Wening[9]) begegnen wir der Regel, dass durch Confusion das Pfandrecht erlischt. Davon aber wird eine Ausnahme zugelassen, welche meines Erachtens die Regel selbst aufhebt: «sind nämlich noch andere Personen vorhanden, ausser demjenigen, der Eigenthum und Pfandrecht in sich vereinigt, in Ansehung deren sich eine Wirksamkeit des Pfandrechts äussern kann, welche das blosse Eigenthumsrecht ausschliessen würde, so dauert auch das Pfandrecht nach der Vereinigung mit dem Eigenthum fort.» Es wird wohl Niemand bestreiten, dass nur in diesem Falle die Fortdauer der Pfandklage von Interesse ist, dass sie daher für ihn allein zur Sprache kommen kann, und dass somit die Ausnahme der Regel keinen Fall der Anwendung übrig lässt. Warum wird denn an dieser Regel überhaupt noch festgehalten?

Puchta[10]) spielt diessmal hinter Worten Versteck. Anders kann ich seinen Eifer gegen den «monstrosen» Begriff eines Pfandrechts an der eigenen Sache nicht nennen, wenn ich denselben mit seiner gleichzeitigen Anerkennung der Pfandklage in der Person des Eigenthümers zusammenhalte. An dem Ausdruck: Pfandrecht an der eigenen Sache, ist nichts gelegen, wenn nur das anerkannt wird, dass der Eigenthums-Erwerb die Durchführung der Pfandklage nicht unmöglich macht. Und das giebt Puchta zu. Freilich kann ich nun seinem Versuch, diese Fortdauer zu erklären, nicht beistimmen. Die Billigkeit verlange, meint er, das Geschäft, welches den Eigenthumserwerb begründen soll, also in dem vorliegenden Fall den Transact des Mævius mit Titius, auf eine mit der Fortdauer des Pfandrechts verträgliche Weise zu interpretiren. Ich läugne keineswegs, dass solche Interpretationen vorkommen. Die in Fr. 6 De distr. pign. enthaltene ist allzu

9) Das Pfandrecht an eigener Sache. Archiv für die civilistische Praxis. B. VI. S. 141—145.

10) Pandecten § 202. b. Cursus der Institutionen. II. 736. hh.

bekannt. Aber auf den Transact des Mävius findet dieselbe keine Anwendung. Mävius erwirbt das Eigenthum, seine einzige und wahre Absicht geht auf Eigenthumserwerb und dieser tritt auch in der That mit der Tradition ein. Dauert die Pfandklage dennoch fort, so ist diess weder der Auslegung des Transacts, noch irgend einer andern Billigkeit zuzuschreiben, sondern einzig und allein dem Umstand, dass die Bedingungen der Formel auch von dem Eigenthümer bewiesen werden können. Diesen Grund giebt ja Paulus ausdrücklich an; warum sollen wir uns mit demselben nicht begnügen?

Einen wesentlichen Fortschritt enthält der Büchelsche Erklärungsversuch.[11]) Hier heisst es: absolut unvereinbar mit dem Eigenthum sei nur der Pfandbesitz, nicht das Pfandrecht. Vollkommen richtig. Schade nur, dass dieser gute Kern in der Verhüllung so mancher Irrthümer begraben liegt. Büchel stützt sich auf die Auffassung des Pfandrechts als eines gegen die Sache gerichteten Forderungsrechtes und fährt dann fort: «eigentlich gehe Pfandrecht mit dem Eigenthumsrecht zusammen nicht an; doch so wie der Prätor die Forderung des Herrn an seinen Sklaven, des Vaters an den Haussohn, in einzelnen Fällen zugelassen habe: ebenso werde zuweilen gegen das strenge Recht die Obligation der Sache auch nach dem Eigenthumserwerb anerkannt; so weit bestehe das Pfandrecht neben dem Eigenthum.» Also enthält die Fortdauer der Pfandklage nach dem Eigenthumserwerb eine Abweichung von der Regel des strengen Rechts. Keineswegs. Im Gegentheil, sie ist selbst eine Anwendung, ein Ergebniss dieses strengen Rechts. Denn sie stützt sich auf die strenge Formel-Interpretation. Auf diese beruft sich Paulus und auf diese allein, nicht auf die vage Billigkeit, noch weniger auf die Analogie gewisser Erscheinungen des Obligationenrechts.

Einer Schwierigkeit ganz eigener Art sucht Franke[12]) zu begegnen. Er kann es nicht begreifen, wie die Pfandklage

---

[11]) Natur des Pfandrechts. S. 92—97.

[12]) Beitrag zu der Lehre von der Pfandklage. S. 112—125.

noch fortdauern soll, da ja doch sonst der Eigenthumserwerb als Verzicht auf das Pfandrecht, der Verzicht aber als Satisfaction aufgeführt werde. Er kommt daher zu dem Schlusse, der Gläubiger müsse zur Zeit des Eigenthumserwerbs keine Kenntniss von seinem Pfandrecht gehabt haben, denn nur so entgehe man dem Verzicht und seiner Folge der Satisfaction. An allem dem ist nichts richtig, weder die Schwierigkeit noch ihre Lösung. Es ist nicht wahr, dass der Eigenthumserwerb als Verzicht aufgefasst wird. Verzicht ist die Einwilligung des Gläubigers in die Veräusserung des Schuldners. Aber der eigene Erwerb darf nicht als Einwilligung zur Veräusserung an sich selbst aufgefasst werden, und das hat sich auch Modestin in Fr. 9 pr. Quib. mod. pign. nicht zu Schulden kommen lassen.[13]) Es ist aber ferner nicht wahr, dass der Verzicht auch da, wo er vorliegt, eine Satisfaction enthält. So weit wurde der Begriff der Solution nicht ausgedehnt und konnte es nicht werden ohne Verletzung aller natürlichen Auffassungsweise. Verzicht wird Niemand, am wenigsten der

---

[13]) Titius Sempronio fundum pignori dedit et eundem fundum postea Gaio Seio pignori dedit, atque ita idem Titius Sempronio et Gaio Seio fundum eundem in assem vendidit, quibus pignori ante dederat in solidum singulis. Quæro an venditione interposita ius pignoris exstinctum sit. Modestinus respondit: dominium ad eos emtionis iure pertinere, et quum consensum mutuo venditioni dedisse proponantur, invicem eos pignoraticiam actionem non habere. — Sempronius und Gaius Seius kaufen mit einander ein Grundstück, das früherhin Jedem von ihnen zu verschiedenen Zeiten verpfändet worden war. Haben die Käufer ihr Pfandrecht verloren oder kann jeder derselben des anderen Hälfte mit der Pfandklage bedrohen? Modestin gibt den Consulenten die beruhigende Versicherung, dass jeder seine käuflich erworbene Hälfte ohne Gefahr der Eviction durch die Pfandklage des Andern besitzen könne; denn Jeder habe die Einwilligung des Andern zu seinem Erwerb, und darin liege Verzicht auf das Pfandrecht. — Wir sehen, Modestins responsum bezieht sich nicht auf die selbsterworbene, sondern auf die an den Theilhaber veräusserte Hälfte. Jene, die selbsterworbene, steht nicht in Gefahr der Eviction, nur diese, die von dem Schuldner an den andern Gläubiger veräusserte, ist bedroht. Nur diese wird daher berücksichtigt. Modestin behauptet den Untergang des Pfandrechts nicht für die eigene, sondere für des Gegners Hälfte. Ueber jene, an welcher Eigenthum und Pfandrecht neben einander bestehen, hatte er keine Veranlassung, sich auszusprechen.

Gläubiger selbst, als Befriedigung ansehen.[14]) Die Römer lassen ihn daher auch nicht anders als auf dem Wege der Exception wirken.[15]) Zuletzt ist nicht wahr, dass die Unkenntniss des eigenen Pfandrechts zur Fortdauer der Pfandklage erforderlich sei. Darauf kömmt gar nichts an. Die Unterscheidung von Kenntniss oder Unkenntniss wird ganz willkührlich in das paulinische Fragment hineingetragen.

3. Die ausführliche Besprechung der verschiedenen Versuche über Fr. 30 § 1 De exc. rei iudic. durfte nicht unterbleiben. Es handelte sich um nichts geringeres als um den Beweis der Unmöglichkeit, auf der Grundlage gewisser Schuldogmen das Gebäude des römischen Pfandrechts wieder herzustellen. Eine solche Reconstruction kann ohne die Beobachtung des antiken Verfahrens unmöglich gelingen. Jedes Unternehmen, das andere Principien befolgt, jeder Versuch, der von einem andern Gesichtspunkte ausgeht, muss nothwendig scheitern. Der Schlüssel des Verständnisses liegt in der Formel allein. Ihrer Auslegung weichen alle übrigen Rücksichten. Das ist die wichtige Lehre, welche uns Paulus in dem Falle des Fr. 30 § 1 c. so nahe legt und die doch von allen Interpreten so völlig verkannt worden ist.

Die Fortdauer der Pfandklage nach dem Eigenthumserwerb ruht auf einer Betrachtung ganz allgemeiner Natur. Ebenso

---

14) Man hat sich öfters auf folgendes Rescript berufen. L. 1 C. si antiq. cred. (VIII. 20.) Imp. Alexander A. Athenioni. Si vendidisset, qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. Quum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit, vel vendiderit, non magis tibi persecutio ademta est, quam si aliis easdem res debitor vendidisset. Sed ita persequens res obligatas audieris, si quod eidem possessori propter præcedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris. Es ist nun nicht zu läugnen, dass hier Satisfaction vorliegt, denn die Hingabe an Zahlungsstatt ist Befriedigung so gut als die Baarzahlung, eben desshalb hat der erste Gläubiger sein Pfandrecht verloren und gerechten Anspruch auf die exceptio doli gegen die Pfandklage des zweiten. Aber der Eigenthumserwerb als solcher ist es nicht, der die Befriedigung enthält, sondern die datio in solutum, und desshalb ist diese Stelle für unsere Frage ohne Belang.

15) Darüber unten in dem Abschnitt über die mit der Ausübung der Verkaufsbefugniss verbundenen Rechtsverhältnisse § 8. n. 1.

allgemein ist daher die Verträglichkeit der actio pignoraticia mit der rei vindicatio, mit andern Worten, die Möglichkeit ihrer Vereinigung in derselben Person. In der That werden noch verschiedene Fälle derselben namhaft gemacht. So hat der Pupill an den mit seinem Gelde erkauften Sachen ein stillschweigendes Pfandrecht,[1]) daneben gestattet ihm Ulpian eine utilis actio ad rem vindicandam.[2]) Man kann sich denken, dass die Dogmatiker diess Zusammentreffen beider Rechtsmittel nicht so stillschweigend hinnahmen. Sie suchten auch hier jene pugna naturalis von Eigenthum und Pfandrecht zu retten. Während von Löhr[3]) mit vielen Aeltern[4]) die ulpianische vindicatio utilis von der Pfandklage selbst verstehen will, helfen sich Sintenis,[5]) v. Vangerow,[6]) Fritz[7]) durch die Annahme eines blossen Wahlrechts, das mit einmaliger Ausübung verloren gehe. Auch hier begegnen wir wieder dem schädlichen Einfluss falscher Analogien. Was hat das Wahlrecht zwischen der Berechnung gesetzlicher Zinsen und der Geltendmachung einer negotiorum gestio im arbitrium tutelæ (nach L. 3. C. arbitr. tutelæ V. 51.) mit der Vereinigung der vindicatio dominii und der vindicatio pignoris in derselben Person zu schaffen? Dort wird dem Pflegling die Wahl zwischen zwei möglichen Auslegungen des Kaufs eingeräumt; er kann das Geschäft als für sich abgeschlossen behandeln, oder sein Geld mit Zinsen zurückverlangen; hier tritt dem Pfandrecht das Eigenthum zur Seite. Die Geltendmachung des einen hindert die des andern durchaus nicht, eben so wenig als diess für den Fall des Fr. 30 § 1 De exc. rei iudic. behauptet werden kann. Wie gesucht ist die Wendung, durch welche

---

[1]) Fr. 3. pr. De reb. eor. (XXVII. 9.) — L. 6 C. de servo pign. dato (VII. 8.) Vgl. v. Vangerow, Leitfaden, § 332. S. 579, 580 und die hier angeführten; ferner § 376. S. 779. 3. § 392. S. 825.

[2]) Fr. 2. Quando ex facto tutorum. (XXVI. 9.)

[3]) In seinem und Grolmanns Magazin. Bd. IV. Nro. X. § 5. (S. 140 ff.)

[4]) Siehe die von Glück B. VIII. S. 159—163 angeführten.

[5]) Streitfragen S. 97.

[6]) Leitfaden § 332. S. 580.

[7]) Erläuterungen S. 295.

man dieses Wahlrecht für die Rettung des Dogma geltend macht! «Ich behaupte ja nicht, sagt Fritz, dass die Sache dem Mündel als wahres Eigenthum gehöre; ich sage nur, er könne, wenn er wolle, verlangen, dass er wie ein Eigenthümer behandelt werde.» Solchen Scharfsinn hat man an die absolute Unvereinbarkeit von vindicatio und pignoraticia verschwendet! Und selbst dieser vermag nicht sie zu halten. Wie man sich immer drehen und wenden mag: Eins bleibt sicher und darauf kommt es allein an: der Pflegling hat neben der Pfandklage die rei vindicatio. Unterliegt er mit der einen, so steht ihm die andere zu Gebote und die exceptio rei iudicatæ hat er nicht zu befürchten: quæstio enim pignoris ab intentione dominii separatur. Dadurch erst wird jener höhere Schutz verwirklicht, dessen die Gesetzgebung den Pupillen würdigte. —

Wie verderblich die dogmatische Auffassung des Pfandrechts überall wirkt, wo sie hindringt, kann noch an einer andern Schwierigkeit erläutert werden, deren Ueberwindung Fritz viele Mühe kostet. Der abstracte Begriff des Pfandrechts führt ihn zu der Nothwendigkeit der Veräusserung und der Herausgabe des Restes an den Vormund. Wie vereinigt sich nun diese Pflicht mit dem Eigenthum? Hängt es von der Wahl der Klage ab, ob verkauft werden muss oder nicht? Darauf weiss Fritz zwar zu antworten, aber die Schwierigkeit löst er nicht. Sie verschwindet, sobald wir uns auf die Pfandklage beschränken, und den Pfandverkauf als die Folge einer besondern ausdrücklichen oder stillschweigend ergänzten Beredung in seiner rein äusserlichen, daher auch nicht nothwendigen Verbindung mit der actio pignoraticia auf sich beruhen lassen.

Es wäre demnach mit dem Geist des klassischen Rechts keineswegs im Widerspruch, wenn Justinian der Ehefrau in Betreff ihrer Dotalsachen, Leo und Anthemius den Kindern in Betreff der an sie fallenden lucra nuptialia beide Rechtsmittel zugleich, die rei vindicatio und die hypothecaria, eingeräumt hätten: wäre nur der Sinn jener beiden Constitutionen selbst klar und unbestritten. Der Wortlaut der erstern [8]) scheint

[8]) L. 30 C. de iure dot. (V. 12.) — volumus itaque eam in rem actionem in

nichts weiter als blosses Wahlrecht zu gestatten, die zweite [9]) vollends ist der Gegenstand einer Controverse geworden, deren Entscheidung nicht vorauszusehen, dieses Orts aber auch ohne Interesse ist.[10])

---

huiusmodi rebus quasi propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere, ut, sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur, per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam, ei plenissime consulatur.

[9]) L. 6 § 2 C. de secund. nupt. (V. 9.)

[10]) Für die Cumulation, jedoch mit blossem Wahlrecht: Glück B. XIX. S. 135—139. Meissner, stillschweigendes Pfandrecht §§ 127—130. v. Vangerow, Leitfaden § 392. S. 825. Wening a. a. O. S. 150. Dagegen: Sintenis, Streitfragen S. 97. Zimmern, Rechtsgeschichte S. 652.

IV.

Verschiedene Behandlung des Pfandrechts und der übrigen iura in re.

I. Das Pfandrecht besteht in der Pfandklage, mit ihr steht und fällt es. Die Eigenthümlichkeit dieses Inhalts soll nunmehr an dem Gegensatz der alten Servituten anschaulich gemacht und in ihren Folgen nachgewiesen werden.

Denken wir uns das Eigenthum an einem Grundstück in die ganze Zahl der einzelnen darin enthaltenen Befugnisse auseinandergelegt, so ist eine Theilung derselben in doppelter Weise möglich. Es können einzelne von dem Eigenthümer auf eine andere Person übertragen werden:[1]) das *eine* Eigenthum wird dann statt von *einer* Person von zweien ausgeübt; zu *einem* Eigenthum finden sich zwei Berechtigte. In dieser Weise wird der Fruchtgenuss behandelt. Das emolumentum rei, der Ertrag der Sache, lässt sich bald in seiner Totalität als ususfructus, bald theilweise als usus und in andern Formen[2])

[1]) Bei dem Empfänger nehmen sie jedoch eine andere Gestalt an, der Eigenthumsbestandtheil ist jetzt nicht mehr derjenige, wie ihn der Eigenthümer hatte, sondern derjenige, der ihm gegenständlich entspricht. Vgl. v. Schaurl. Zeitschrift für geschichtliche R.-W. B. XII. § 255.

[2]) Unter diesen stehen oben an habitatio und operae, zwei Rechte, welche im Grunde nichts weiter als den usus enthalten, zuletzt aber als selbstständige Sachenrechte aufgefasst und in manchen Punkten eigenthümlich behandelt wurden. Puchta, Pandecten § 251. e. — Einzelne Theile des

von der Proprietät trennen.[3]) Die zweite Art der Theilung unterscheidet sich von dieser ersten dadurch, dass das *eine* Eigenthum in zwei Eigenthumsrechte auseinandergeht, nicht nur auf zwei Personen sich vertheilt. Diess geschieht in folgender Weise: die Weggerechtigkeit, welche der Nachbar erwirbt, vereinigt sich mit der Proprietät an dem herrschenden Grundstück; sie wird zu einer Qualität desselben. So haben wir nun auf demselben Grund und Boden zwei *Eigenthümer*, nicht etwa nur zwei Berechtigte: den dominus prædii servientis und den Inhaber der Weggerechtigkeit; dieser letztere steht auch als Eigenthümer da, er nimmt das ius eundi als eine Qualität der proprietas fundi dominantis in Anspruch. Die zweite Art der Theilung liegt den Prädial-Servituten zu Grunde. Sie betraf ursprünglich gewisse Arten der Nutzung, des usus.[4]) Erst später konnten auch einzelne Seiten des Fruchtgenusses zu Prädial-Servituten erhoben werden.[5]) Durch diesen Fortschritt wurden die alten Gränzen, welche Real- und Personal-Servituten in Rücksicht ihres Inhalts beobachtet hatten, gänzlich

---

emolumentum rei liegen in folgenden persönlichen Servituten: in dem Recht des Wasserbezugs: Fr. 37. De S. P. R. (VIII. 3.) Fr. 14. § 3. De alien leg. (XXXIV. 1.) In dem Weiderecht: Fr. 4. De S. P. R. (VIII. 3.) in dem Recht zu gehen (ius transeundi) Fr. 6. De serv. leg. (XXXIII. 3.)

3) Ich habe hier überall den ususfructus dem usus vorangestellt und ihn auch als Urbild der persönlichen Rechte behandelt. Diese Auffassung verwirft Puchta, Pandecten. S. 248. 250. c. 251. a. Ihm ist der usus die reine Personalservitut, der ususfructus erst später hinzugetreten. Doch weiss ich nicht, worauf sich die Annahme eines solchen Zeitverhältnisses stützt, auch nicht, welche andere Gründe dem usus Anspruch auf jenen Vorrang geben. In unsern Quellen erscheint vielmehr der ususfructus überall an der Spitze. Ferner ist gerade der fructus derjenige Theil, welcher den Inhalt des persönlichen Rechts von dem der Prädial-Servituten unterscheidet; der usus ist beiden gemeinschaftlich, denn auch die alten Grundgerechtigkeiten enthalten einzelne Anwendungen desselben. Zuletzt ist nicht zu läugnen, dass auch die neuen Arten der Prädial-Servituten eben so oft Theile des fructus als Theile des usus enthalten.

4) Iter, via, actus, aquæductus. Fr. 5. pr. De servitut. (VIII. 1.) Fr. 1. pr. De S. P. R. (VIII. 3.)

5) So die servitus pecoris pascendi. Fr. 4. De S. P. R. (VIII. 3.) calcis coquendæ, arenæ fodiendæ, lapidis eximendi. Fr. 1. § 1. Fr. 5. Fr. 6. De S. P. R. haustus aquæ Fr. 2. § 1. De eod.

verwischt. Die neuen Rechte konnten nun insgesammt in beiderlei Form bestellt werden.[6])

Der Gegensatz jener beiden Theilungsarten lässt sich kurz so ausdrücken: die erstere liegt ausschliesslich auf Seite der Person, sie verdoppelt die Anzahl der Berechtigten; die zweite dagegen zerstückelt das Eigenthum selbst. Hieraus ergibt sich folgender höchst wichtige Schluss: *die persönlichen Rechte sind Theile des Eigenthums*; sie verlieren diese Eigenschaft dadurch nicht, dass sie einer andern Person zugehören, als die übrigen Theile; — die *Prädial-Servituten* dagegen haben aufgehört, Theile des herrschenden Eigenthums zu sein, sie *sind einem fremden Eigenthum als Qualitäten einverleibt.*

Die Quellen enthalten hiefür eine ausdrückliche Bestätigung. Der ususfructus, das Vorbild aller persönlichen Rechte, wird eine portio dominii genannt,[7]) und als solche in den verschiedensten Bezeichnungen beurtheilt.[8]) Die Prädial-Servituten

---

[6]) Das lässt sich aus Fr. 14. § 3. De action. leg. (XXXIV. 1. und Fr. 4. De S. P. R. (VIII. 3.) folgern.

[7]) Papinian in Fr. 76. § 2. De legat. I. (XXX.) fructus portionis instar obtinet. Vgl. Papinian in Fr. 33. § 1. De usufr. (VII. 1.) Paulus libro II ad Edictum in Fr. 4. De usufr. (VII. 1.) Ususfructus in multis casibus pars dominii est. Zu bemerken ist, dass derselbe Paulus libro XXI. ad Edictum (Fr. 25. pr. De V. S.) das gerade Gegentheil behauptet: — quia ususfructus non dominii pars sed servitutis (Gothofredus in nota: servitus) sit, ut via et iter. — Ueber diesen Fall später. — Ebenso sagt Papinian in Fr. 66. § 6. De leg. II. ususfructus in iure non in parte consistit. Hierüber N. 13.

[8]) Dahin gehören folgende Fälle:

a) Wer ein Grundstück schuldet, kann für den ususfructus einen fideiussor bestellen. Fr. 70. § 2. De fideiuss. (XLVI. 1.)

b) Nach der stipulatio de fundo ist eine stipulatio de usufructu eben so unwirksam als nach dem Versprechen des Ganzen ein Versprechen des Theils. Fr. 58. De V. O. (XLVI. 1.)

c) Das Urtheil über die vindicatio fundi begründet die exceptio rei iudicatae gegen die vindicatio usufructus. Fr. 21. § 3. verglichen mit Fr. 7. pr. De exc. rei iudicatae (XLIV. 2.); ebenso des pactum de non petendo fundo eine exceptio pacti conventi gegen die vindicatio ususfructus. Fr. 27. § 3. De pact. (II. 14.)

d) Beim legatum fundi gilt die ademtio ususfructus. Fr. 2. D. de adim. vel transfer. legatis (XXXIV. 4.) Vgl. Fr. 3. § 6. D. eod.

e) Das legatum fundi enthält auch den ususfructus. Fr. 66. § 6. Fr. 76. § 2. De legat. II. (XXXI.) Beide von Papinian.

werden als Eigenschaften des herrschenden Grundstücks dargestellt[9]) und behandelt.[10]) Diese Verschiedenheit hat einen

---

f) Die Kenntniss des ususfructus alienus hindert die Usucapion ebensowenig als die Kenntniss der pars aliena die Ersitzung des Restes. Fr. 43. § 1. De usurpat. (XLI. 3.)

In einigen Fällen scheitert die Durchführung unsers Grundsatzes an andern Regeln. Das Urtheil über die portio ususfructus wird keine exceptio rei iudicatæ gegen die vindicatio ususfructus accrescentis begründen: quia ususfructus personæ non fundo accrescit. Fr. 33. § 1. De usufr. (VII. 1.) Papinianus libro XVII. quæst. und Cuiacius opp. t. IV. 423—426. Vgl. ferner Fr. 66. De leg. II. (XXXI.)

9) Celsus in Fr. 12. Quemadmod. servit. (VIII. 6.) — fundus qualiter qualiter se habens, quum ita *in suo habitu* possessus est, ius (sc. itineris) non deperit. — Fr. 86. De V. S. (L. 15.) Quid aliud sunt iura prædiorum quam *prædia qualiter se habentia*? ut bonitas, salubritas, amplitudo? Diese Stelle spricht den Satz ganz allgemein aus. Nichtsdestoweniger macht v. Savigny vom Besitz S. 605. 607. einen Unterschied zwischen den servitutes quæ in patiendo consistunt (z. B. die Wegegerechtigkeiten), und den übrigen Servituten. Nur die erstern sind Qualitäten des *Eigenthums* (607), die andern (z. B. das ius tigni immittendi) Qualitäten des *Besitzes*. Diess letztre stellen wir bestimmt in Abrede. Die Theilung der Befugnisse an dem prædium serviens hat nicht zu Gunsten des Besitzes, sondern des Eigenthums an dem prædium dominans stattgefunden; diesem sind sie einverleibt, nicht dem Besitz. Diess gilt für *alle* Prädial-Servituten ohne Ausnahme. Daher kann ihre Verletzung immer nur als eine Verletzung des Eigenthums, niemals als Verletzung der possessio prædii dominantis angesehen werden. Daher ist es ganz consequent, dass nicht das zum Schutze des *Besitzes* an der Hauptsache eingeräumte Interdict uti possidetis, sondern blos allein die Eigenthumsklage in der Form der actio confessoria zur Vertheidigung der Prädial-Servituten angewendet werden kann. Nicht einmal utiliter liess sich das uti eas ædes possidetis auf die Prädialrechte ausdehnen. Der Wortlaut ging zu ausschliesslich auf den Besitz einer körperlichen Sache. (Daher war auch für die Anwendung auf den ususfructus eine besondere Bestimmung des Edicts erforderlich geworden. Vat. Fr. § 94. Fr. 27. in fine. De donat. [XXXIX. 5.]) So musste durch die Aufstellung besonderer interdicta veluti possessoria für die hauptsächlichsten Prädial-Servituten geholfen werden. — Ueber entgegenstehende Ansichten s. v. Vangerow, Pandecten § 355.

10) Die meisten Eigenthümlichkeiten der Prädialservituten lassen sich auf diese Natur derselben zurückführen. Ich erinnere beispielsweise an ihre Untheilbarkeit gegenüber der Theilbarkeit des ususfructus Fr. 1. § 9. Ad leg. falc. (XXXV. 2.); an die Unmöglichkeit ihrer Ersitzung, nach Fr. 10. § 1. De usurp. (XLI. 3.); an den Satz: servitus in faciendo consistere nequit; an das Recht der aquæ pluviæ arcendæ actio Fr. 25. De aqua et aquæ pluv. (XXXIX. 4.) Is cuius fundo via debetur arcendæ agere potest *fundi sui nomine, quoniam deteriore via facta fundo nocetur*; endlich an

Ausdruck in der Terminologie gefunden. Der strengere Sprachgebrauch beschränkt die Bezeichnung servitus auf die Dienstbarkeit der Grundstücke.[11]) Die Theilung des Eigenthums zwischen Proprietar und Fructuar begründet keine servitus. Das Grundstück dient dem Eigenthümer nicht, eben so wenig dem Niessbrauchberechtigten, welcher ja auch einen Theil des Eigenthums inne hat. In der Wegegerechtigkeit dagegen erscheint ein Eigenthum dem andern Eigenthum dauernd unterworfen, und hierdurch wird der Begriff der servitus hergestellt. Für den ususfructus findet sich vorzugsweise der Ausdruck ius prædii.[12]) Prædium für sich bezeichnet das Eigenthum selbst, wie jede concrete Sachbenennung überhaupt. Zwar ist auch das Eigenthum ein blosses Recht, also etwas Unkörperliches,[13])

die Entscheidung Papinians in Fr. 6. § 4. Si servitus vindic. (VIII. 5.) — Nur scheinbar ist die Vernachlässigung jenes Grundsatzes in der Entscheidung Scævolas in Fr. 23. Ad leg. falc. (XXXV. 2.) Hier ist nicht ein mit dem Wegerecht versehenes Grundstück, sondern unabhängig von einander Grundstück und Wegerecht legirt. — Wenn ferner die oratio divi Severi, so wie die lex Iulia de fundo dotali neben dem ususfructus auch auf die Prädial-Servituten bezogen wurde, Fr. 3. § 5. De reb. eorum (XXVII. 9.), so war man hier einzig und allein darauf bedacht, der Entwerthung liegender Güter entgegen zu treten.

11) Diese strenge Bedeutung findet sich z. B. an folgenden Stellen: Fr. 18. § 1. De damno inf. (XXXIX. 2.) Fr. 7. Ad leg. falcid. (XXXV. 2.) Fr. 4. § 29. Fr. 10. § 1. De usurp. (XLI. 3.) Fr. 9. De O. N. N. (XXXIX 1.) Fr. 2. § 1. Fr. 11. § 1. Quemadmod. serv. amitt. (VIII. 6.) Fr. 1. § 3. De remiss. (XLII. 2.) Fr. 6. De servit. leg. (XXXIII. 3.) Fr. 44. pr. De legatis I. verba: Quodsi quis non — — transeundi personæ datum, sed legatum servitutis esse plenum intelligat — Fr. 14. § 3. De alim. leg. (XXXIV. 1.) verba: nam et haustus aquæ ut pecoris ad aquam adpulsus, est servitus; personæ tamen eius qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur. Ueber diese Leseart s. Cuiacius ad Fr. 4. De servit. pr. rust. (VIII. 3.) Opp. t. IV. p. 896 Theophilus ad § 2. I. de act. (IV. 6.)

12) Gaius in Fr. 70. § 2. De fideiussor. (XLVI. 1.) Si reo in fundum obligato, fideiussor in usumfructum accipiatur quæsitum est utrum obligetur fideiussor quasi in minus an non obligetur, quasi in aliud? Nobis in eo videtur dubitatio esse, ususfructus pars rei sit an proprium quiddam? *Sed quum ususfructus fundi iussit*, in civile est, fideiussorem ex sua promissione non teneri. — Papinian in Fr. 76. § 6. De legatis II. (XXXI.) — ususfructus etsi in iure non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet. —

13) Daher darf es nicht auffallen, wenn zuweilen der Ausdruck ius in re das Eigenthum mit umfasst. So in L. 8. § 1. (de præscr. XXX. annor. VII. 39.)

allein das vollkommenste Recht, welches an einer Sache gedacht werden kann; daher wird es mit seinem Gegenstande identificirt und die Bezeichnung des letztern auch als Ausdruck des dominium selbst zugelassen. Hiernach bezeichnet ius prædii diejenige Berechtigung, deren Gegenstand das Eigenthum ist. Diese Bezeichnung hebt die Natur des usus fructus gegenüber jener der Servituten treffend hervor. Mit der Grunddienstbarkeit wird ein Theil des unterworfenen Eigenthums dem herrschenden einverleibt. Alles Uebrige behält seine volle Selbstständigkeit, ist also nicht weiter Gegenstand eines fremden Rechts. Anders der usus fructus. Er lässt das Eigenthum in seiner Integrität bestehen, verzehrt aber dessen Ertrag.[14]) Kein anderes Recht hat in ähnlicher Weise oder in demselben Umfang das Eigenthum zum Gegenstand, kein anderes kann daher gleich passend ius prædii genannt werden.[15])

Der Gegensatz dieser beiden Ausdrücke: servitus und ius prædii gerieth mehr und mehr in Vergessenheit. Man erstreckte zuletzt jeden derselben mit auf die Fälle des andern, und nannte nun den usus fructus eine personalis servitus,[16]) wie umgekehrt das Wegerecht ein ius in re.[17]) Die äussere Aehnlichkeit der beiden Klassen von Dienstbarkeiten mag wohl jenen allgemeinern Sprachgebrauch zunächst veranlasst haben.

An die persönlichen Rechte des alten Civilrechts schlossen sich späterhin unter prätorischem Schutze superficies und emphyteusis an. Wie jene, so enthalten auch sie eine Vermehrung der Zahl der Berechtigten zu Einem Eigenthum. Hierin liegt der Berührungspunkt beider. Ihr Unterschied wird durch die Verschiedenheit des Inhalts begründet. Die beiden neuen

---

14) Diess ist der Sinn folgender Worte Papinians: ususfructus enim etsi in iure non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet (Fr. 66. § 6. De legatis II.), d. h. der Niessbrauch schmälert die Integrität der Proprietät nicht, er hat aber sie zum Gegenstande und verzehrt ihren Ertrag.

15) Wir berücksichtigen hier die Sachenrechte neuern Ursprungs noch nicht. Von diesen wird namentlich die emphyteusis als ius prædii dargestellt. S. n. 19.

16) Z. B. Fr. 8. § 3. De liber. leg. (XXXIV. 3.) Fr. 1. De servit. (VIII. 1.)

17) Fr. 1. pr. De condict. tritic. (XIII. 3. Fr. 9. De O. N. N. (XXXIX. 1.)

Sachenrechte sind nicht auf den Genuss des emolumentum beschränkt; sie überschreiten diese früherhin beobachtete Grenze. Sie entziehen dem Eigenthum weit mehr als blos den Ertrag; ja sie nähern sich der Machtvollkommenheit des Eigenthümers selbst so sehr, dass trotz Zenos Gesetz[18]) die Lehre vom dominium utile Jahrhunderte hindurch auf sie angewendet wurde. Am weitesten geht die Emphyteuse. Nur an einigen persönlichen Verpflichtungen des emphyteuta gegenüber dem dominus, namentlich an der Entrichtung des jährlichen Canon,[19]) ist ihre Unterordnung unter das Eigenthum, ihr Character als eines blossen ius prædii[20]) zu erkennen. Kein Wunder daher, dass sie mit dem Eigenthum zusammen den Sachenrechten gegenübergestellt,[21]) und mit ihm in vielen Beziehungen gleich behandelt[22]) wird.

Der Unterschied der superficies von der emphyteusis liegt namentlich in dem beschränkten Gegenstand der Herrschaft.[23]) Diese ergreift blos das Gebäude, begründet also keinen Sachbesitz, wie Eigenthum und Emphyteuse, sondern eine blosse iuris quasi possessio,[24]) wie der usus fructus und die übrigen persönlichen Sachenrechte. Daher kommt es, dass sie auch im System wie diese, nicht nach Analogie des Eigenthums behandelt wird.[25])

Mit keiner der beiden Klassen der Sachenrechte, mit deren Natur wir uns bisher beschäftigten, zeigt der Pfandanspruch die mindeste Verwandtschaft. Der Gläubiger hat keinen Theil

---

18) L. 1 C. de iure emphyt. (IV. 66.)

19) Fr. 1. § 1. Fr. 2. Si ager vectig. (VI. 3.)

20) Dieser Ausdruck wird in dem oben entwickelten Sinne auch auf die Emphyteuse angewendet in Fr. 3. § 4. De rebus eor. (XXVII. 9.) — quamvis ius prædii potius sit — und es ist kein Zweifel, dass sie ihn vorzugsweise rechtfertigt. Vgl. Fr. 71. §§ 5, 6. De legat. I. (XXX.) Fr. 15. § 26. De damno infecto (XXXIV. 2.)

21) Fr. 1. pr. De condict. tritic. (XIII. 3.)

22) Für den Beweis dieses Satzes verweise ich auf die Ausführungen in den zunächst folgenden Paragraphen des vorliegenden Abschnittes.

23) Fr. 2. De superf. (XLIII. 18.) Keinen Gegenbeweis enthält Fr. 15. § 26. De damno inf. (XXXIX.)

24) v. Savigny vom Besitz § 47.

25) Hievon werden in den folgenden Paragraphen Anwendungen vorkommen.

an dem emolumentum rei alienæ, noch viel weniger tritt er selbst als Eigenthümer auf. Von einer Theilung des Eigenthums an der Pfandsache zwischen zwei Berechtigten, oder gar zwischen zwei Eigenthümern ist keine Rede. Die Pfandklage ist von der einen gleich weit entfernt wie von der andern. —

Die Richtigkeit und Bedeutung dieser allgemeinen Sätze wird nun zunächst in einzelnen Anwendungen nachzuweisen sein. Besonders hiezu geeignet, zugleich auch bis jetzt nicht gehörig aufgeklärt, sind die Verhältnisse der operis novi nuntiatio, der cautio damni infecti und die Verpflichtungen des Erben gegenüber dem Legatar.

2. Ueber die Berechtigung zu der operis novi nuntiatio stellt Ulpian in Fr. 1. § 3 De remiss. (XLIII. 25.), offenbar nach dem Vorgang Julians, den allgemeinen Grundsatz auf:

Jus habet opus novum nuntiandi qui aut dominium aut servitutem habet.

Es ist noch niemals mit hinlänglicher Bestimmtheit hervorgehoben worden, dass dominium und servitus in dem vorliegenden Fragment einen Gegensatz bilden und dass die Befugniss der O. N. N. zuerst dem Eigenthümer, dann aber auch einem Servitut-Berechtigten, *der nicht zugleich Eigenthümer ist*, eingeräumt wird. Es giebt nämlich Personen, denen nichts weiter als eine vindicatio servitutum zusteht, keine vindicatio dominii. Diese gerade stellt Ulpian den Eigenthümern gegenüber. Unter ihnen nennt Julian zuerst den fructuarius.[1]) Allerdings stimmen ihm Labeo, Nerva und Marcell in den Noten zu Julian nicht bei,[2]) und es kann demnach Julians Meinung nicht als die vorherrschende angesehen werden. Wie dem aber auch sei, Julian folgert aus der vindicatio servitutis, dass dem Fructuar die O. N. N. zustehe, und mit der Richtigkeit

[1]) Fr. 1. § 4. De remiss. Item Iuliano placet, fructuario vindicandarum servitutum ius esse; secundum quod opus novum nuntiare poterit vicino, et remissio utilis erit.

[2]) Fr. 1. pr. Si ususfruct. petat. (VII. 6.) — verum usumfructum vindicaturum. —

dieser Folgerung selbst ist auch Ulpian einverstanden, der doch die Prämissen nicht zugiebt.[3]) Betrachten wir nun diese Behandlung des fructuarius etwas genauer. Woher kommt es, dass nicht das ius utendi fruendi als solches, sondern die mit demselben verbundene vindicatio servitutis zu der Nuntiation berechtigt? Die Antwort liegt in der verschiedenen Natur der persönlichen und der Prädialservituten. Der Fructuar als solcher geniesst fremdes Eigenthum. Als Vindicant einer Prädialservitut des fundus fructuarius handelt er in der Qualität eines Eigenthümers und diese Qualität begründet seinen Anspruch auf Nuntiation. Eben desshalb erklärten sich die genannten Juristen gegen die vindicatio servitutis; der Fructuar soll niemals in der Qualität eines dominus auftreten können. Consequent gestatten sie ihm auch die Nuntiation nicht anders als procuratorio nomine, falls er sich mit seiner vindicatio usus fructus nicht begnügen will.[4])

Dem Eigenthümer gegenüber lässt auch Julian die Nuntiation nicht zu. Ganz folgerichtig. Denn diesem kann der Fructuar das Recht zu bauen niemals untersagen,[5]) so wenig als ein Miteigenthümer dem andern.[6])

Unter diejenigen Personen, welche vermöge der vindicatio servitutis auch als Nicht-Eigenthümer zu der O. N. N. berechtigt sind, wird ferner der Pfandgläubiger gestellt.

Ulpianus in Fr. 1 § 5 De remiss. (XLIII. 25.)

Ei quoque, qui pignori fundum acceperit, scribit Julianus, non esse iniquum, petitionem[7]) servitutis dari.

[3]) Fr. 1. § 4. D. c. Die Worte: secundum quod &c. (n. 1.) enthalten eine Folgerung Ulpians.

[4]) Fr. 1. § 20. De oper. novi ment. (XXXIX. 1.)

[5]) Fr. 1. § 4. De remiss. — Fr. 2. De O. N. N. Diese Stelle ist von den Compilatoren auf ganz unverständige Weise dem Fr. 1. aus Ulpians Lib. LII. ad Edictum angereiht worden. — Vgl. Fr. 13. § 10. De damno infecto. (XXXIX. 2.)

[6]) Fr. 33. §§ 1, 2. De O. N. N.

[7]) Flor. detentionem. Das Cuiacische petitionem (Obss. I. 16.) wird aber durch die in Fr. 16. De servit. VIII. 1. erhaltene Originalstelle des Julian über allen Zweifel erhoben. Van de Water: intentionem. Bynkershœk: defensionem. Völlig willkührlich. Vgl. die Anmerkung in der Gebauerschen Ausgabe des corpus iuris.

Aus dem Zusammenhang des ganzen Fragments ergiebt sich die Bedeutung dieser Bemerkung. Sie dient als Rechtfertigung der O. N. N. in der Person des Pfandgläubigers. Derselbe Zusammenhang, welchen der voraufgehende § 4 für den Fructuar hervorhebt, und welchen § 3 als leitendes Prinzip voranstellt, wiederholt sich hier. Ueber allen Zweifel wird derselbe durch folgende Stelle erhoben:

Gaius ad edictum urbicum in Fr. 9. De O. N. N. (XXXIX. 1.)

Creditori, cui pignoris nomine prædium tenetur, permittendum est de iure i. e. de servitute opus novum nuntiare; *nam ei vindicatio servitutis datur.*

Weil der Gläubiger eine vindicatio servitutis hat, so soll ihm die O. N. N. gestattet sein.

Wir sehen, für das Pfandrecht fand diejenige Behandlungsweise Anklang, welcher Julian auch den Fructuar, doch ohne Erfolg, unterwerfen wollte. Der Streit der Juristen beschränkte sich auf den Nutzniesser, bei dem Gläubiger nennen unsere Quellen keine Gegenmeinung. Woher diese Uebereinstimmung? Macht doch der Gläubiger so wenig als der Fructuar Eigenthum geltend. Der wahre Grund liegt in der oben entwickelten Verschiedenheit von Niessbrauch und Pfandrecht. Die Abtretung des Fruchtgenusses berechtigt den Fructuar zwar wohl zur Ausübung, nicht aber zur vindicatio der servitutes fundi.[8]) Mit dieser würde ja das Eigenthum selbst in Anspruch genommen, somit die Grenzlinie der gegenseitigen Befugnisse überschritten. Dagegen über das Verhältniss des Pfandgläubigers und Eigenthümers kann die Natur der Pfandklage allein entscheiden. Diese ist eine abgeleitete Eigenthumsklage, eine utilis vindicatio. Wem sie zusteht, der hat auch auf die utilis petitio servitutis Anspruch; ist doch die Servitut nichts weiter als eine Qualität des fundus, den der Gläubiger utiliter zu vindiciren berechtigt ist. Diesen Zusammenhang bestätigt Julian in Fr. 16. De servit. (VIII. 1.)

---

8) Fr. 2. § 2. Si servit. vindic. (VIII. 2.)

Ei qui pignori fundum accepit, non est iniquum utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio datur. Idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.

2. Wir könnten hier die Erörterung über die O. N. N. beschliessen. Ihr nächster Zweck ist erreicht. Die innere Verschiedenheit des Pfandrechts von den Servituten beiderlei Art ist in einer auch praktisch nicht bedeutungslosen Consequenz nachgewiesen worden. Nichts desto weniger verweilen wir noch bei einer Frage, welche mit der behandelten im nächsten Zusammenhang steht und über einen noch wenig berührten Punkt der Lehre von der Pfandklage Aufschlüsse verspricht. Warum mögen es die römischen Juristen für nöthig erachtet haben, die O. N. N. des Gläubigers durch dessen Berechtigung zu einer utilis petitio servitutis zu begründen? Lag denn nicht die utilis petitio fundi ipsius viel näher, zumal da aus dieser letztern jene erstere abgeleitet wird? In der That, diess Verfahren scheint räthselhaft. Doch ist an der Möglichkeit der Erklärung nicht zu verzweifeln.

Man prüfe die folgende. Die Regel, welche Ulpian in Fr. 1. De remiss. erläutert:

Jus habet, opus novum nuntiandi qui aut dominium aut servitutem habet,

gleicht in allen Rücksichten einer wahren constitutio iuris civilis, welche die Rechtslehrer der klassischen Zeit schon vorfanden, deren Inhalt sie nach Art der Ediktsinterpretation erläutern, deren Grenzen sie aber nicht überschreiten. Welche Stelle konnte eine solche Auslegung dem Pfandgläubiger anweisen? Unter die erste Klasse der Berechtigten: qui dominium habent, fiel er offenbar nicht. Pfandrecht ist nicht Eigenthum und die Natur der Pfandklage als einer utilis rei vindicatio kann es nicht dazu stempeln. Blieb also noch die zweite Kategorie, derer, qui servitutem habent. Hier scheint wieder dieselbe Schwierigkeit entgegen zu stehen. Wie kann die utilis petitio servitutis hinreichen, wenn die utilis petitio fundi ipsius

nicht genügt? Nichts desto weniger erklären sich die römischen Juristen durch jene befriedigt. Sie zählen den Pfandgläubiger in Folge der utilis petitio servitutis zu denen, qui servitutem habent. Es fragt sich, wodurch dieser Entscheid gerechtfertigt wird? Die Antwort liegt in Folgendem: Es ist ein grosser Unterschied zwischen dem utilen Character der Vindication und dem der confessoria des Pfandgläubigers. Unter der utilis petitio fundi wird die gewöhnliche Pfandklage verstanden, die utilis petitio servitutis dagegen ist von dieser völlig verschieden. Gegenstand der Pfandberedung und folglich auch der Pfandklage ist nur das Grundstück selbst; die ihm zustehenden Servituten können nicht selbstständig mit der actio pignoraticia eingeklagt werden; sie sind als solche nicht verpfändet.[9]) In der utilis confessoria tritt daher der Pfandgläubiger nicht als solcher, sondern vielmehr in der Qualität eines Eigenthümers auf, völlig ähnlich dem Inhaber eines fundus vectigalis, den ihm auch Julian zur Seite stellt.[10]) Daher kommt es, dass nur die utilis petitio servitutis, nicht aber die utilis petitio fundi ipsius zur O. N. N. berechtigt.

4. Bis jetzt sind zwei Fälle betrachtet worden, in welchen das Recht der Servituten-Vindication für sich ohne Eigenthum, den Anspruch auf O. N. N. begründet. Ulpian führt ausserdem keinen einzelnen mehr auf. Er begnügt sich[1]) mit der allgemeinen Bemerkung:

Idem Julianus dicit de ceteris, quibus aliqua servitus a vicino debetur.

Hierunter kann Niemand anders verstanden sein als der Inhaber eines ager vectigalis, einer superficies[2]) und eines Provinzial-Grundstückes.[3]) Alle diese fallen unter die Kategorie derer, qui servitutem habent. Mag sich auch ihre Machtvollkommenheit der des Eigenthümers bis zur Ununterscheid-

---

9) Fr. 11. § 3. Fr. 12. De P. et H.
10) Fr. 16. De Servitut. (VIII. 1.)
1) Fr. 1. § 3. fin. De remiss.
2) Fr. 3. § 3. De O. N. N.
3) Fr. 3. pr. D. eod.

barkeit nähern, mögen sie mit einer in rem actio ausgerüstet, und in manchen Rechtstheilen dem Eigenthümer völlig gleichbehandelt werden:[4]) streng genommen haben sie doch nur ein ius prædii, kein Eigenthum.[5]) Eben desshalb können sie nicht unter die erste Klasse von Berechtigten gestellt werden. In der confessoria dagegen treten sie als Eigenthümer auf; in dieser Qualität allein sind sie zur O. N. N. berechtigt.[6]) Auch über diese Fälle herrschte kein Streit, so wenig als bei dem Pfandgläubiger. Die utilis vindicatio servitutis schien durch die utilis vindicatio fundi ipsius völlig gerechtfertigt.[7])

5. Zuletzt mag hier noch eine allgemeine Bemerkung über die ganze Klasse der zur O. N. N. berechtigten Servitut-Inhaber ihre Stelle finden. Ob nämlich die Berechtigung auf dem dominium oder auf der servitus ruht: in beiden Fällen wird sie dieselbe Natur haben, in dieselben Grenzen eingeschlossen sein. Sie erscheint nur dann als gerechtfertigt, wenn des Nachbars Baurecht mit Erfolg bestritten werden kann.[8]) Namentlich ist vor dem Missverständniss zu warnen, als dürfte die auf der vindicatio servitutis ruhende nuntiatio nur dann zur Anwendung kommen, wenn diese servitus selbst beeinträchtigt wird. Nein: der Fructuar, der Pfandgläubiger, der emphyteuta haben sie in derselben Ausdehnung wie der Eigenthümer. Vindicatio proprietatis und vindicatio servitutis

---

[4]) Ich erinnere beispielsweise an den Fruchterwerb Fr. 25. § 1. De usur. (XXII. 1.), an die actio aq. pluv. Fr. 3. § 4. De aqua (XXXIX. 3.), an die cautio damni infecti Fr. 15. § 26. De damno inf. (XXXIX. 2.), die publiciana in rem actio. Fr. 12. §§ 2, 3. De publ. in rem act. (VI. 2.)

[5]) Fr. 3. § 4. De reb. eor. qui sub tut. (XXVII. 9.) Si ius ἐμφυτευτικὸν vel ἐμβατικὸν habeat pupillus, videamus an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est, non posse *quamvis ius prædii potius sit.*

[6]) Fr. 3. § 2. De O. N. N. (Ulpian.) Si ego superficiarius sim, et opus novum fiat a vicino, an possim nuntiare? Movet quod quasi inquilinus sum. Sed prætor mihi utilem in rem actionem dat, *et ideo et servitutum causa actio mihi dabitur*, et operis novi nuntiatio debet mihi concedi.

[7]) Fr. 16. De servit. (VIII. 1.), wo besonders der Ausdruck: convenit Beachtung verdient. Fr. 3. § 3. c.

[8]) Fr. 15. De O. N. N. Fr. 13. § 10. De damno inf. (XXXIX. 2.) Vgl. Fr. 1. § 7. Fr. 5. § 9. De O. N. N.

werden völlig gleichgestellt. Das angedeutete Missverständniss knüpft sich hauptsächlich an folgende Worte des Fr. 9 de O. N. N.:

Creditori permittendum est, *de iure i. e. de servitute* opus novum nuntiare — Allein diese besagen etwas ganz Anderes: sie räumen dem Pfandgläubiger die Befugniss zur O. N. N. ein, sobald er sich auf eine dem Grundstück zustehende Servitut zu berufen vermag. Sie enthalten mithin den Rechtsgrund der Nuntiation, nicht das Objekt der Verletzung. Ja es ist zu behaupten, dass das dem verpfändeten Grundstück zustehende Wegerecht durch eine Baute beeinträchtigt werden kann, ohne dass darum der Gläubiger von dem ihm zustehenden Recht der Nuntiation in diesem Falle Gebrauch machen darf.[2])

6. Die verschiedene Natur des Pfandrechts und der übrigen iura in re lässt sich auch in der Lehre von der cautio damni infecti wieder erkennen. Ihr Einfluss äussert sich namentlich in der Beantwortung folgender drei Fragen: Was begründet den Anspruch, was die Pflicht zur Leistung derselben und wie wird die Caution bestellt?

Ulpian macht die *Zulassung zu der stipulatio damni infecti*, mithin im Verweigerungsfall die missio in possessionem, einzig und allein von der Leistung des Calumnien-Eides abhängig. Der Schwörende hat weder sein Eigenthum an dem benachbarten Grundstück noch irgend ein Interesse an der Erhaltung desselben nachzuweisen.[1]) Eine ganz andere Frage ist es, ob der Stipulant nach erfolgtem Eintritt des gefürchteten Schadens die Bedingungen der Stipulation zu erfüllen vermag. Diese beiden Punkte sind nicht immer gehörig auseinandergehalten worden; man hat die admissio ad stipulationem und die commissio stipulationis mit einander verwechselt. Hier ist von der letztern allein die Rede. Ihre Bedingungen würden sich am

---

[2]) Fr. 14. de O. N. N. (Julian.) Daher spricht Pedius in Fr. 5. § 9. D. eod. ausschliesslich von servitutes *aedibus* impositae als Gegenstand der Verletzung.

[1]) Fr. 13. § 8. De damno infecto (XXXIX. 2.)

deutlichsten aus der Formelconception selbst ergeben. Allein diese ist uns nicht erhalten und mit ihr der Schlüssel des Verständnisses verloren. Doch fehlt es auch hier nicht an Andeutungen über den Gang der Interpretation und der mit ihr fortschreitenden Entwicklung der Dogmatik.

Die Berechtigung des Eigenthümers wurde auf den Superficiar[2]) und Fructuar[3]) ausgedehnt; auch hier wieder unter dem Einflusse der oben entwickelten Anschauungsweise. Niessbrauch und superficies sind Theile des Eigenthums, ihre Träger eben desshalb dem Eigenthümer gleich geachtet. Nicht so leicht entschied sich die Berechtigung des Pfandgläubigers. Sein ius in re ist ja kein Theil des Eigenthums, seine Befugniss nicht materiell in dem dominium enthalten. Aus diesem Grunde fand Marcell die Bedingungen der Stipulation in der Person des Gläubigers nicht erfüllt, und es ist sehr bezeichnend, dass er denselben mit dem non dominus zusammenstellt. Wie dieser so steht auch jener ausserhalb des Eigenthums, während der Usufructuar an demselben Theil hat. Ulpian bestreitet die Richtigkeit dieser Ansicht nicht; doch weicht er auch hier dem praktischen Bedürfniss mit derselben milden Versöhnung, welche seine ganze Jurisprudenz auszeichnet.

Ulpianus lib. LIII. ad Edictum in Fr. 11. De damno inf. (XXXIX. 1.) — — an creditori pignoraticio damni infecti caveri debeat? Et ait Marcellus: inutiliter ei caveri; idemque etiam de eo cavendum,[4]) qui a non domino emit; nam nec in huius persona committi stipulationem. Aequis simum tamen puto, huic prospiciendum (id est creditori) per stipulationem.

Bis auf den Schluss ist alles unzweifelhaft und selbst dieser erhält durch den erklärenden Zusatz: id est creditori, seine

---

[2]) Fr. 39. § 2. De h. t. (Pomponius.) Damni infecti stipulatio *latius patet*, et ideo et ei qui superficiariam insulam habet, utilis est ea stipulatio, si quid in superficie damni datum fuerit, et nihilominus etiam soli domino utilis est, si solo damnum datum fuerit, ut tota superficies tolleretur; fraudabitur enim dominus soli in pensione percipienda. Fr. 13. § 8. D. h. t.

[3]) Fr. 13. § 8. D. h. t. (Ulpian.) Superficiarium et fructuarium damni infecti utiliter stipulari *hodie constat*. Fr. 5. § 2. D. h. t.

[4]) D. h. statuendum.

bestimmte Beziehung. Aber gerade dieser Zusatz gleicht so sehr einem Glossem, dass eine auf ihn gestützte Erklärung mit leichter Mühe umgeworfen oder wenigstens verdächtigt werden könnte. Lassen wir ihn desshalb völlig unberücksichtigt, und suchen wir die Beziehung des *huic* in dem Zusammenhang der Darstellung allein. Diese weisst entschieden auf den creditor pignoraticius zurück. *Er* ist der Gegenstand der Untersuchung; seine Berechtigung wird als Frage hingestellt. Auf wen anders kann die Antwort gehen, als auch wieder auf ihn? Vergebens wendet Hesse[5]) hingegen ein, dem *huic* stehe der non dominus näher, auf ihn allein weise es zurück. Er bedenkt nicht, dass dieses räumliche Verhältniss für sich nichts entscheidet und dass des bonæ fidei possessor ganz beiläufig und beispielsweise gedacht wird, dass seine Erwähnung einen untergeordneten Theil der Argumentation bildet, welche den Schluss über die Berechtigung des Pfandgläubigers herbeiführen soll. Mit der Ausschliessung des bonæ fidei possessor von der Caution ist also Ulpian einverstanden; den Gläubiger aber will er begünstigen. Ueber allen Zweifel wird diess Resultat durch den Inhalt einer andern Stelle erhoben, in welcher Ulpian die Rechtlosigkeit des bonæ fidei possessor wiederum durch ein Citat aus Marcell begründet.

Fr. 13 § 9. De damno inf. Sed ei, qui bona fide a non domino emit, damni infecti stipulationem non competere, Marcellus ait.

Freilich will Hesse[6]) in dem Wörtchen *sed* einen Ausdruck des Tadels entdecken, dem Marcell durch diess Festhalten an einer veralteten Ansicht, durch diess Verkennen der Thatsache, dass die Stipulation unter der Hand des Prätors eine ganz andere Gestalt angenommen habe, verdiene! Diese Ungereimtheit verbirgt ein völliges Verkennen der Bedeutung des Citirens. Die Alten beweisen mit ihren Citaten meist nur den

---

[5]) Die cautio damni infecti (1841) S. 77. Hesse hat Sinn und Zusammenhang des Fr. 11. c. völlig missverstanden und zur Begründung falscher Sätze missbraucht.

[6]) S. 79.

Zustand der Jurisprudenz, seltener die Richtigkeit ihrer eigenen Meinung. Eine Abweichung von jener kann sich daher ohne besondere Hervorhebung nie von selbst verstehen.

Das Resultat ist folgendes: Weder das Pfandrecht noch die bonæ fidei possessio sichern die Durchführung der Stipulation. Der Gläubiger wird aber durch eine besondere, seinem Verhältniss eigens angepasste Formel geschützt.[7]) Einer ähnlichen Begünstigung kann sich der putative Eigenthümer nicht rühmen. Und in der That forderte der ursprüngliche Gesichtspunkt, dessen Ausschliessung. Der bonæ fidei possessor hat nicht nur keinen Theil an dem Eigenthum, wie der Fructuar und Superficiar; er steht sogar diesem Eigenthum feindlich entgegen; im Kampf muss er ihm weichen. Er wird durch dasselbe ausgeschlossen. In der Mitte zwischen beiden steht der Pfandgläubiger, dessen Anspruch, wenn auch kein Theilrecht des Eigenthums, doch eben so wenig ein Gegensatz desselben ist; der mit dem Eigenthümer weder theilt wie der Fructuar, noch kämpft wie der bonæ fidei possessor, und der eben desshalb auf der äussersten Linie steht, bis zu welcher das Recht der Stipulation ausgedehnt werden konnte.

Was helfen nun hingegen alle Verweisungen auf die vielen Fälle, in welchen derselbe bonæ fidei possessor dem Eigenthümer gleichgestellt und zu diesen Rechtsmitteln zugelassen wird?[8]) Jedes einzelne Institut wird von den Römern nach seinen besondern Regeln beurtheilt und aus sich selbst entwickelt. Der interpretative Geist ihrer ganzen Jurisprudenz gebot und begünstigte diese Richtung. Auch wir müssen sie festhalten und gegen die systematisirende Tendenz der Dogmatiker vertheidigen. — Was soll es ferner mit dem Beweise, dass die Alten das in bonis mit auf die bonæ fidei possessio bezógen? Wer erlaubt uns diesen weitern Sinn gerade in den Worten des Paulus: damni infecti stipulatio competit — — ei, cuius in bonis res est — (fr. 18 pr. D. h. t.) vorauszusetzen?

---

7) — — huic prospiciendum per stipulationem.

8) Hesse S. 72.

Derartige Combinationen sind ohne alles Gewicht. Der Ausdruck in bonis wurde in den verschiedenen Theilen des Edicts verschieden ausgelegt. Die Interpretation, welche man für den einen Fall gab, hat für den andern keine Bedeutung. Vollends unanwendbar wird sie gegenüber dem selbstgewählten Ausdruck eines Juristen. Eine solche spezielle Veranlassung ist namentlich in dem von Hesse[9]) angerufenen Fr. 49 de V. S. nicht zu verkennen.[10])

Was ist endlich von jenen vielfältigen Beschränkungen zu halten, welche stets gegen solche Sätze aushelfen müssen, die man weder zu erklären noch zu ertragen vermag? Da unterscheidet man denn gewöhnlich zwischen strengem Recht und Billigkeit. So auch hier. Accursius, später Galvanus, halten der Meinung des Marcell (und, wie ich beifüge, auch der des Ulpian) die Billigkeit entgegen. Andere beschränken sie auf das Verhältniss des bonæ fidei possessor zu dem wahren Eigenthümer der bedrohten Sache.[11]) Faber[12]) endlich haut links und rechts so lange weg, bis der bonæ fidei possessor die Stelle des creditor pignoraticius einnimmt. Dem Erstern, nicht dem Letztern, wie die vielfach interpolirte Stelle zu sagen scheint, gebühre der Anspruch auf die Stipulation.

Der Pfandgläubiger schliesst die Reihe derer, welche mit Erfolg stipuliren. Unter ihnen finden wir den Inhaber von Prädial-Servituten nicht erwähnt. Sollte dieser wirklich ausgeschlossen sein? Mir scheint im Gegentheil seine Berechtigung sich von selbst zu verstehen. Die Prädialservitut ist ja nichts weiter als eine Qualität des Eigenthums; der Servitut-Berechtigte tritt selbst als Eigenthümer auf; in dieser Qualität stipulirt er auch. Eine besondere Erwähnung seiner Berechtigung war überflüssig.

7. Die Betrachtung derjenigen Rechte, welche kraft ihrer Verwandtschaft mit dem Eigenthum die Stipulation begründen,

9) S. 64

10) Ueber die verschiedenen Bedeutungen des in bonis oben II. 16. n. 1.

11) Nähere Angaben über die Litteratur bei Hesse S. 71.

12) Coniect. iur. civ. II. 16.

ist jetzt geschlossen. Dieser ersten Klasse von Berechtigten stellt Paulus eine zweite zur Seite: Fr. 18 pr. D. h. t.

Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis res est, sed *etiam cuius periculo res est.*

In derselben stehen alle diejenigen, welche die custodia des bedrohten Grundstücks vertragsweise übernommen haben. Das ist der Begriff von periculum. Er wird durch die Fr. 21, [1]) 38 pr. D. h. t., über alle Anfechtung erhoben. Es genügt also durchaus nicht jedes mögliche Interesse eines Nicht-Eigenthümers, wie Vortius glaubt; eben so wenig jede Art von Schaden und Verlust, welcher aus dem Einsturz des Gebäudes erwachsen könnte; und doch hat auch diese Meinung an Hesse [2]) wieder einen Vertheidiger gefunden; nach ihm soll der Miethsmann auch ohne Uebernahme des periculum, wegen eigener in das Haus eingebrachter Sachen zu der Stipulation berechtigt sein! [3]) Nur *das* Interesse, welches in der Uebernahme der custodia liegt, hat diese Bedeutung; kein anderes ist ihm gleichgestellt.

Es ist sehr wichtig, diese beiden Kategorien von Berechtigten genau auseinander zu halten. Ihre Vermengung hat Hesse zu der Annahme geführt, als müssten auch die Real-Berechtigten, unter ihnen insbesondere der Pfandgläubiger, die

[1]) Diese Stelle hilft zur Erklärung von Fr. 13. § 5. D. h. t. Ulpian spricht hier von den Grundsätzen, welche der prætor bei der admissio ad stipulationem befolgt. Der Inquiline, seine Gemahlin und seine Hausgenossen werden zugelassen. Denn in ihrer Person kann die Stipulation möglicherweise in Erfüllung gehen, nämlich si sic conduxerunt, ut eorum periculo ædes essent.

[2]) S. 69. Ebenso Puchta Pandecten § 304. Die meisten der übrigen Rechtslehrer sprechen sich sehr ungenau aus. Wening, Civilrecht B. III. § 286.: die cautio D. I. kann nach Ablage des iuramentum calumniæ jeder Inhaber der bedrohten Sache fordern, wenn er auch nur ein persönliches Recht an derselben hat. — Mühlenbruch, Pandecten, B. II. § 457.: Jeder Inhaber, mag er Eigenthümer sein oder nicht. — Göschen, Vorlesungen, § 659.: Jeder welcher sich bedroht sieht.

[3]) Ueber Fr. 13. § 5. D. h. t., welches diese Meinung beweisen soll, siehe n. 1. Dem Inquilinen steht übrigens das Recht der Migration zu, und im Verhinderungsfalle die actio ex conducto. Fr. 33, 34. D. h. t. Hierdurch wird die stipulatio damni infecti ausgeschlossen; sie ist ja subsidiär. Fr. 18. § 9. Fr. 32. D. h. t.

Stipulation durch den Beweis der custodia rechtfertigen.[4]) Diese Meinung schliesst zum voraus jeden Pfandinhaber ohne Faustpfand von der Stipulation aus. Sie wäre also, wenn richtig, höchst folgenreich. Allein Nichts rechtfertigt eine derartige Beschränkung des Ausdrucks: creditor qui pignus accepit (Fr. 11. D. h. t.); und eben so wenig lässt sich einsehen, in welcher Weise diess Erforderniss auf den Fructuar oder Superficiar angewendet werden kann. Zuletzt aber wird völlig übersehen, dass alle Realberechtigte gerade wegen ihrer Theilnahme an dem Eigenthum zu der Stipulation zugelassen werden, dass sie mithin auf dieselbe Behandlung wie der Eigenthümer Anspruch haben.

Durch welchen Gesichtspunkt liess sich die Jurisprudenz bei der Ausdehnung der damni infecti stipulatio auf die Uebernehmer der custodia leiten? Meines Erachtens erblickte man in derselben Nichts weiter als einen Wechsel der Person. Der zur custodia Verpflichtete übt ein *abgeleitetes*, kein in seiner Person entstandenes Recht. Und diese Ableitung knüpft sich an die Uebernahme der custodia. Eine weitere Bedeutung kommt derselben nicht zu. Nicht das Recht der Stipulation, nur der Anspruch auf dessen Ausübung wird dadurch begründet. Diese Verschiedenheit ist nicht blos für die Theorie, sondern namentlich auch für die Praxis von Bedeutung. Neben dem Servitut-Inhaber und dem Pfandgläubiger kann auch der Eigenthümer stipuliren.[5]) Jeder wird sein Interesse davon tragen. Der zur custodia Verpflichtete dagegen schliesst den Eigenthümer aus. Dieser kann sich ja durch die Contractsklage schadlos halten, mithin auf die subsidiäre Caution keinen Anspruch machen.

8. Die *Cautionspflicht* ruht zunächst auf dem Eigenthum. Ihre Unterlassung führt zu dem Verlust desselben. Dieser wird durch die missio ex secundo decreto vermittelt. Wir finden hier den *drohenden* Schaden nach demselben Prinzip behandelt,

---

[4]) S. 68.

[5]) Fr. 39. § 2. D. h. t.

welches die Ersatzpflicht des *schon erfolgten* bestimmt,[1]) gleichviel ob dieser von Sklaven und Thieren, oder von leblosen Gegenständen herrührt.[2]) Das Eigenthum als solches[3]) ist Verpflichtungsgrund, nicht die culpa des Eigenthümers,[4]) wie sie zur Geltendmachung der actio ex lege aquilia erfordert wird; die Hingabe des Eigenthums befreit daher von jeder Verbindlichkeit.[5])

Wie stehen gegenüber dieser Pflicht des Eigenthümers und gegenüber den Folgen ihrer Nichterfüllung die Inhaber der einzelnen Sachenrechte? Wir beantworten diese Frage zunächst für die damni infecti cautio; die entsprechenden Verhältnisse der Noxalklagen werden vergleichungsweise berücksichtigt werden.

---

[1]) Die Gränze zwischen beiden Fällen, dem drohenden und dem schon erfolgten Schaden wird von Ulpian in Fr. 15. § 34. D. h. t. bestimmt. Vgl. Fr. 44. pr. D. h. t.

[2]) a. Fr. 6. De damno inf. (ædes ruinosæ ceciderunt.) b. Fr. 9. §§ 1, 3. D. eod. (ratis vi fluminis delata.) c. Fr. 9. § 2. D. eod. (crusta lapsa.)

[3]) Fr. 42. § 2. De noxal. action. (IX. 4.)

[4]) Vgl. Fr. 18. § 4. D. h. t.

[5]) Fr. 7. §. 1. bis Fr. 9. pr. D. h. t. «Quod — re integra custoditur, hoc non inique etiam post ruinam ædium præstabitur — integra autem re unusquisque cogitur aut de damno infecto cavere aut ædibus carere, quas non defendit.» Vgl. Fr. 43. De nox. act. (IX. 4.) Diess Versäumniss wird als Dereliction aufgefasst. Fr. 15. § 21. D. eod. — Die Veräusserung des baufälligen Hauses macht die schon geleistete Caution nicht unwirksam. Fr. 17. § 4. D. eod. Das Eigenthum bedingt nur den Abschluss, nicht die Fortdauer der Stipulation. Diese hängt allein von der eingeschalteten Zeitbestimmung ab. Fr. 13. § 15. bis Fr. 15. pr. D. h. t. Doch herrscht hierüber viel Streit. Nach Vortius (Comment. ad Pand. h. t. § 9. opp. t. II. p. 552.) wird der promissor durch Veräusserung des Grundstücks von jeder Verbindlichkeit frei; noch mehr, diese geht mit dem Grundstück auf den neuen Eigenthümer über. Fr. 24. § 1. D. h. t., welches zur Unterstützung dieser Meinung angeführt wird, spricht bloss von den Successoren des *Stipulators:* auch der dem Erben oder Käufer des bedrohten Grundstücks zugefügte Schaden soll, sofern er sich vor Ablauf des festgesetzten Termins ereignete, dem stipulator oder dessen Erben ersetzt werden. — Auch Hesse (S. 102. n. 30.) behauptet, durch die Veräusserung werde der promissor eo ipso von aller Obligation befreit. Allein eine solche Liberation ist dem römischen Rechte völlig unbekannt; überdiess wird ausdrücklich bezeugt, dass der stipulator durch Verkauf und Tradition des bedrohten Grundstücks seine Klage nicht verliert. Fr. 18. § 10. D. h. t. Warum sollte denn die Veräusserung auf Seite des promissor so ganz anders wirken?

9. Der Fructuar theilt sich mit dem Proprietar in das Eigenthum; er hat folgeweise die auf dem Eigenthum ruhende Cautionspflicht mitzutragen. In der That werden auch beide, Proprietar und Fructuar, neben einander als verpflichtet dargestellt. [1])

Ebenso treffen die Folgen der verweigerten Caution Beide zugleich: der Eigenthümer verliert sein Eigenthum, der Fructuar das Recht, seinen Niessbrauch zu verfolgen.[2])

Umgekehrt wird die Sicherheits-Bestellung von Seite des Einen auch den Andern gegen die Ansprüche des bedrohten Nachbars sicher stellen; durch die Caution des Eigenthümers ist zugleich der Niessbrauch, durch die des Fructuars ebenso das Eigenthum geschützt. Man sieht, dem Nachbar gegenüber stehen Proprietar und Fructuar auf derselben Linie, sie vertreten ein und dasselbe Eigenthum. Von welcher Seite der gefürchtete Schaden droht, ist dabei völlig gleichgültig. Wichtig wird der Ursprung der Gefahr nur erst für das Verhältniss der beiden Cautionspflichtigen unter sich. Dieses gestaltet sich verschieden, je nachdem die Sicherheitsleistung den drohenden Zustand eines Gebäudes, eines Terrains, oder irgend einer künstlichen Anlage zum Gegenstande hat.[3]) Betrachten wir

---

[1]) Fr. 9. § 5. D. h. t. Wie der ususfructus wird auch die superficies behandelt. Fr. 9. § 4. D. h. t. Anders der Inhaber eines prædium vectigale. Dieser nähert sich dem Eigenthümer so sehr (Fr. 1. pr. De condict. tritic. XIII. 3.), dass er selbst nach der Analogie desselben behandelt wird. Auf ihm allein ruht die Cautionspflicht; gegen ihn allein wird auch mittirt; der Eigenthümer behält sein Eigenthum nach wie vor, nur der Inhaber der Emphyteuse wechselt. Fr. 15. § 26. D. h. t. In Einem Fall jedoch erwirkt der missus auch das Eigenthum. Wird nämlich der Inhaber des prædium vectigale, bonæ fidei possessor an der Stelle des Eigenthümers, (gewöhnlich eines mancipium), so wird Jener wie jeder andere bonæ fidei possessor, das Eigenthum selbst usucapiren. Dasselbe Recht geht auf den missus über. Der Eigenthümer kann dieser Gefahr nur durch eigene Caution entgehen, welcher er sonst nicht unterworfen ist. Diess ist der Inhalt von Fr. 15. § 27. D. h. t. Dieser § 27. hat keinen andern Zweck als die Regel des § 26, wonach dem Eigenthum des municipium von Seite des missus keine Usucapion droht, gehörig zu beschränken. Andere Erklärungsversuche bei Hesse S. 121—123.

[2]) Fr. 9. § 5. Fr. 15. §§ 24. 25. De damno inf.

[3]) Si quid ædium loci operisve vitio damnum factum sit. Fr. 24. §§ 2, 12.

diese drei Fälle einzeln, und zwar zunächst in Verbindung mit der Caution des Eigenthümers, dann ebenso im Zusammenhang mit der des Fructuars.

Der Eigenthümer, welcher für ein soli vitium cavirt, hat durchaus keine Ansprache an den Fructuar.[4]) Dieser kann für die Gefahr des Terrains nicht verantwortlich gemacht werden. Anders bei einem vitium ædium. Hiefür ist der Fructuar dem cavirenden Eigenthümer zur Collation verpflichtet. Die Entrichtung des Beitrags wird durch Entziehung des Niessbrauchs erzwungen.[5]) Die Sicherheitsbestellung für eine von dem Fructuar gemachte Anlage giebt dem Eigenthümer Anspruch auf Rück-Caution von Seite des Nutzniessers. Im Weigerungsfalle verliert dieser sein Recht.[6]) Leistet dagegen der Fructuar Caution, so wird er bei einem soli vitium auf Eigenthumsübertragung,[7]) bei einem vitium ædium auf Collation[8]) dringen können. Ueber das vitium operis findet sich keine ausdrückliche Entscheidung. Doch ist wohl nicht zu bezweifeln, dass der Eigenthümer durch eine von ihm selbst errichtete Anlage dem Fructuar zur Rückcaution oder zur Ueberlassung des Eigenthums verpflichtet ist.

Nach denselben Regeln, nach welchen sich Proprietar und Fructuar für die dem Dritten geleistete Caution unter sich abfinden, nach denselben leisten sie sich gegenseitig selbst Sicherheit. Der Nutzniesser cavirt dem Eigenthümer in Betreff einer gefährlichen Anlage, der Eigenthümer dem Nutzniesser für die Gefahr des Bodens. Für den drohenden Einsturz des Gebäudes kann keiner von dem andern Sicherheit verlangen; der Eigenthümer nicht, weil ihm für alle Fälle die cautio

D. h. t. Vgl. Fr. 13. §§ 2, 10; Fr. 15. §§ 3, 10; Fr. 18. § 1. Fr. 19. § 1. Fr. 24. § 5. Fr. 43. pr. D. h. t.

4) Den Beweis dieses Satzes gibt Note 7.

5) Fr. 22. pr. D. h. t.

6) Fr. 10. D. h. t. Paulus hebt zwar das opus a fructuario factum nicht ausdrücklich hervor. Indess weist der Gegensatz des soli vitium darauf hin. Nur in dieser Beschränkung vereinigt sich Fr. 10. mit Fr. 22. pr. D. h. t.

7) Fr. 10 in fine. D. h. t. Hierin liegt der Beweis, dass der Eigenthümer in diesem Fall keinen Regress an den Fructuar hat.

8) Fr. 22. pr. D. h. t.

usufructuaria genügt; der Nutzniesser nicht, weil ihm jener gar nicht zur Unterhaltung des Gebäudes verpflichtet ist.[9])

Wie die prätorische Mission, so wirkt auch die Noxaldedition, sei es nun, dass der Eigenthümer dadurch die Klage meidet,[10]) oder ein absolutorisches Urtheil erlangt,[11]) oder nach erfolgter Verurtheilung der Litisästimation entgeht.[12]) Dem Nutzniesser, der die Vertheidigung nicht selbst übernahm, wird die gerichtliche Verfolgung seines Rechts verweigert und nur dann gegen Anerbietung der Litisästimation eingeräumt, wenn er in gutem Glauben abwesend war.[13]) Die von dieser Seite drohende Eriction[14]) begründet in der Person des Empfängers die actio iudicati[15]) oder im Falle der Absolution die actio de dolo;[16]) in der Person des Eigenthümers das Recht, den Inhaber des Niessbrauchs zur Abtretung an den Kläger zu nöthigen.[17])

---

9) Fr. 20. D. h. t. Die Worte: fructuarius ideo (sc. ab altero cautionem desiderare non potest) quia refectio ædium ad eius ipsius onus non pertinet, sind Gegenstand vieler Zweifel geworden. Man hat das *non* gestrichen. (S. die Litteratur bei Schulting ad h. l.) Nach dieser Emendation soll Caius behaupten: Der Unterhalt des Hauses laste auf dem Fructuar, und desswegen könne dieser keine Caution verlangen. Allein der Fructuar ist bloss zu den laufenden Reparaturen, den serta tecta, nicht zur Erneuerung eines baufälligen Gebäudes verpflichtet. Fr. 7. §§ 2. 3. Fr. 48. pr. Fr. 64, 65. De usufr. (VII. 1.) L. 7. C. de usufr. et habit. (III. 33.) Aber auch der Eigenthümer ist hiezu nicht gehalten. Fr. 7. § 2. D. t. c. neutrum cogere reficere. Wer nun de damno iam dato nicht haftet, kann unmöglich de damno futuro zur Caution angehalten werden. Auf diesen Grund beruft sich Caius. Wenn demnach die Worte: eius ipsius auf proprietarius, nicht auf fructuarius zurückweisen, so ist diese sprachliche Nachlässigkeit durch die Wiederholung der in die Parenthese eingeschlossenen Worte entschuldigt. — Fr. 18. 2 21. D. h. t. gehört nicht in diese Verbindung.

10) Fr. 8. 8. Fr. 21. pr. Fr. 29. Fr. 33. Fr. 38. § 1. De nox. action. (IX. 4.)

11) Fr. 9. § 4. De dolo malo. (IV. 3.)

12) Fr. 1. Fr. 14. pr. De nox. act.

13) Fr. 3. si ex nox. causa (II. 9.) Fr. 17. § penult. De usufr. et quemadm. quis. (VII. 1.) Vgl. Zimmern System der Noxalklagen. S. 231, 232.

14) Dieser Begriff findet ja auch auf den ususfructus seine Anwendung.

15) Fr. 66. De solut. (XLVI. 3.) Fr. 4. § ult. De rei iud. (XLII. 1.)

16) Fr. 9. § 4. De dolo malo. (IV. 3.) Was hier für das Pfandrecht gesagt wird, gilt auch für den ususfructus.

17) Fr. 17. § 1. De nox. act.

10. Die Prädial-Servituten sind Qualitäten des herrschenden Grundstücks. Mit dem Eigenthum an dem prædium serviens haben sie keinen Zusammenhang. Sie verpflichten daher auch nicht zur Cautionsleistung für dieses, und erleiden durch die Mission in dasselbe keine Beeinträchtigung.[1])

11. Der Pfandgläubiger hat kein Theilrecht des Eigenthums; seine Befugniss ist nicht durch die Zerlegung des Dominium zu Stande gekommen. Dadurch unterscheidet er sich von dem Servituten-Inhaber, welcher bald seine Person, bald sein Grundstück mit einzelnen Stücken des fremden Eigenthums bereichert. Der Pfandgläubiger hat Nichts weiter als die Pfandklage; nach ihrer Natur allein kann seine Cautionspflicht beurtheilt werden. Dieser Grundsatz weist dem Gläubiger dieselbe Stellung an, welche der Eigenthümer einnimmt. Er soll den Pfandbesteller gegenüber dem bedrohten Nachbar vertreten, wie er ihn in der Klage, einer abgeleiteten rei vindicatio, vertritt. Die Vernachlässigung dieser Pflicht wird den Verlust seines Pfandrechts zur Folge haben,[1]) wie für den Eigenthümer den Verlust des Eigenthums. Dasselbe Princip kommt auch dann zur Anwendung, wenn nicht der Eigenthümer, sondern ein bonæ fidei possessor das Pfand bestellte, und darauf wegen verweigerter Caution sein Recht an den missus verlor.[2]) Dieser wird gegen die serviana mit publicianischem Recht ebenso gesichert sein, wie gegen die publiciana selbst.[3])

---

[1]) Diese Behandlung der Prädial-Servituten folgt nothwendig aus deren rechtlicher Natur. Sie findet sich auch in den Quellen anerkannt.. Fr. 15. § 24. D. h. t. bezeugt, dass nur diejenigen iura, für welche Satisdation zugelassen ist, durch die Mission beeinträchtigt werden. Dahin gehören die Prädial-Servituten nicht. Fr. 13. § 1. D. h. t.

[1]) Fr. 15. § 25. D. h. t. (Ulpian.)

[2]) Fr. 39. § 2. D. h. t. Ueber das Verhältniss des bonæ fidei possessor bei den Noxalklagen: Fr. 11. bis 13. De nox. act. (IX. 4.)

[3]) Paulus in Fr. 12. D. h. t. His, qui pignori rem acceperunt, potior est is, cui damni infecti non cavetur, si possidere et per longum tempus rem capere ei permissum fuerit. Diese Stelle umfasst beide Fälle der Mission, sowohl die gegen den wahren, als die gegen den putativen Eigenthümer gerichtete.

13. **Besondere Erwähnung verdient ein dritter Fall, welcher gewissermassen aus den factischen Voraussetzungen der beiden eben betrachteten zusammengesetzt ist. Nehmen wir an, der wahre Eigenthümer habe das Pfand bestellt, die Mission sei aber nicht gegen ihn, sondern gegen den bonæ fidei** possessor gerichtet. In welchem Verhältniss stehen hier Pfandgläubiger und missus? Das oben befolgte Prinzip leitet uns auch hier. Der Pfandgläubiger vertritt die Stelle des Eigenthümers, der missus die des bonæ fidei possessor. Hieraus folgt, dass der creditor über den prätorischen Besitzer den Sieg davon tragen muss, nicht anders als der dominus über den bonæ fidei possessor. Doch sollen dem missus die Refectionskosten nicht unersetzt bleiben. Nur gegen ihre Erstattung hat er der Vindication des Eigenthümers, oder der serviana des Pfandgläubigers zu weichen. Dieser Theil unseres Entscheides wird durch die Billigkeit, durch die Meinung des Pomponius,[1]) endlich durch die Analogie der Noxalklagen gerechtfertigt. Der Eigenthümer des durch einen bonæ fidei possessor dedirten Sklaven kann nur gegen Ersatz des Schadens mit seiner Vindication durchdringen. Ja der Richter selbst muss diesen von sich aus auferlegen.[2]) Dasselbe Recht wird nothwendig dem Pfandgläubiger gegenüber zur Geltung kommen.

Mit der Vollendung der Usucapion verändert sich die Lage der Dinge. Dem prätorisch Eingewiesenen ist jetzt das volle Eigenthum erworben; dieses braucht er selbst gegen Ersatz der Refectionskosten nicht wieder abzutreten. So verhält sich die Sache ganz unzweifelhaft dem bisherigen Eigenthümer gegenüber. Er hat sein Recht unwiederbringlich verloren. Folgeweise sollte auch dem Pfandgläubiger die serviana nicht weiter bewilligt werden. Das scheint die in den übrigen Fragen so consequent durchgeführte Gleichstellung von Eigenthum und Pfand zu erfordern. Und dennoch wird hier von African in

---

[1]) Fr. 39. § 1. D. h. t.

[2]) Fr. 11. Fr. 27. § 1. Fr. 28. De nox. act. (IX. 4.)

Fr. 44. § 1. De damno inf.[3]) anders entschieden. Auch nach vollendeter Usucapion soll die Pfandklage gegen Ersatz der Refectionskosten durchdringen. Das Recht des Gläubigers geht demnach weiter als das des Eigenthümers. Der Parallelismus beider wird hier zuerst verlassen. Diese Abweichung erklärt sich aus der Natur der Pfandklage. Die actio hypothecaria überdauert jeden Wechsel des Eigenthums, selbst den durch Ersitzung herbeigeführten. Warum sollte nun die Usucapion in Folge prätorischer Einweisung von dieser Regel ausgenommen sein? Das ist der Standpunkt Africans. Er setzt die Zuständigkeit der Klage als Regel voraus, und findet ihre Verweigerung nur dann begründet, wenn dem jetzigen Eigenthümer die von ihm aufgewandten Kosten nicht ersetzt werden. Ja er sieht sich veranlasst, selbst diess Zugeständniss als eine Abweichung von der Regel besonders zu rechtfertigen. So wenig Rücksicht wird auf die eigenthümliche Veranlassung des hier vorliegenden Eigenthumswechsels genommen, dass sich dieselbe sogar mit dem Kaufgeschäft zusammengestellt findet.

Diese Theorie Africans war keineswegs allgemein angenommen. Ulpian [4]) verweigert dem Gläubiger die Pfandklage eben so unbedingt, wie dem Niessbrauch-Berechtigten die persecutio ususfructus; eben so Paulus.[5]) Beide führten den Parallelismus zwischen der Eigenthums- und der Pfandklage, den African

---

[3]) Africanus libro IX. quæstionum.

Damni infecti nomine in possessionem missus possidendo dominium cepi; deinde creditor eas ædes pignori sibi obligatas persequi vult. Non sine ratione dicetur, nisi impensas, quas in refectionem fecerim, mihi præstare sit paratus, inhibendam adversus me persecutionem. Cur ergo non emtori quoque id tribuendum est, si forte quis insulam pignoratam emerit? Non recte hæc inter se comparabantur, quando is, qui emit, sua voluntate negotium gerat, ideoque diligentius a venditore sibi cavere et possit et debeat; quod non æque et de eo, cui damni infecti non promittatur, dici potest.

[4]) Fr. 15. § 25. D. h. t. Ulpian libro LIII. ad Edictum. Item quæritur in pignoraticio creditore: an pignoris persecutio denegetur adversus eum, qui iussus sit possidere? Et magis est, ut si neque debitor repromisit, neque creditor satisdedit, pignoris persecutio denegetur. Quod et in fructuario recte Celsus scribit.

[5]) Fr. 12. D. h. t. S. oben IV. 12. n. 3.

ohne Bedenken verlässt, bis zu Ende durch. Dieser Vorzug der Consequenz wird jedoch durch eine anderweitige Inconsequenz erkauft. Der Grundsatz: pignus ubique durat, welchen African festhält, wird von seinem Gegner nicht berücksichtigt. Welche Meinung verdient den Vorzug? Ueberwiegende Gründe sprechen für Ulpian. Der Verlust der Pfandklage ist eine Strafe der von dem Gläubiger versäumten Cautionsbestellung, nicht eine Folge des Eigenthumswechsels. Jeder zur Sicherheitsleistung Verpflichtete büsst für die Versäumniss mit seinem Recht: der Eigenthümer mit dem Eigenthum, der Gläubiger mit dem Pfandrecht; Keiner für den Andern, Jeder für sich. Gegenüber diesem selbstständigen in der Person des Gläubigers liegenden Grund der Klagverweigerung verliert der Eigenthumswechsel jedes Gewicht und die Unabhängigkeit der Klage von demselben alle Beweiskraft. Das hat African nicht gehörig beachtet; sein Entscheid ruht ausschliesslich auf jener Unabhängigkeit von dem Eigenthumswechsel; die eigene Schuld des Gläubigers als Grund der Klag-Entziehung ist gar nicht erwogen.

In dem System der Noxalklagen kehrt Africans Meinung nicht wieder. Die römischen Juristen sind darüber einig, dass gegen den Empfänger des schadenverursachenden Sklaven die Pfandklage nicht weiter zulässig ist, es müsste denn sein, dass der Gläubiger ohne Arglist abwesend war. Nur einem solchen steht die Verfolgung seines Rechts gegen Leistung der Litisästimation noch ferner offen.[6]) Wir dürfen aus diesen Noxalverhältnissen schliessen, dass die Meinung Africans überall keinen Beifall fand.

13. Nicht nur die Cautionspflicht, sondern auch die Art und Weise der Cautionsleistung bestätigt den für die Behandlung der verschiedenen Sachenrechte bisher durchgeführten Gesichtspunkt. Für fremdes Eigenthum wird Satisdation geleistet, für die Gefahr des eigenen repromittirt. Das war die Vorschrift

[6]) Fr. 27. pr. Fr. 30. De nox. act. (IX. 4.) Die Möglichkeit der Eviction von Seite eines solchen abwesenden Gläubigers begründet die actio iudicati, beziehungsweise die actio doli. Fr. 66. De solut. (XLVI. 3.) Fr. 9. § 4. De dolo malo (IV. 3.) Alles wie beim ususfructus. S. oben IV. 10. n. 14—16.

des Edicts.[1]) Die Anwendung dieser Regel auf die Inhaber von Sachenrechten ergibt folgendes Resultat. Der Fructuar geniesst und vertritt fremdes Eigenthum; er leistet daher Satisdation.[2]) Dasselbe gilt von dem Superficiar.[3]) Der Inhaber einer Prädial-Servitut dagegen tritt als wahrer Eigenthümer auf, zwar nicht als Eigenthümer des Bodens, auf welchem er sein Recht ausübt, aber als Eigenthümer des herrschenden Grundstücks, welchem die Servitut als Qualität einverleibt ist. Daher verwirft Ulpian mit Recht den Entscheid und die Motive Labeos, welcher auch für die Prädial-Servitut Satisdation verlangte. Das Eigenthum des Bodens, auf welchem die gefährliche Anlage errichtet wurde, könne hier nicht massgebend sein. In dem Werke selbst trete der Servitut-Inhaber wie ein dominus auf, und darauf allein komme es an. So argumentirt Ulpian gegen seinen Widersacher.[4])

Der Pfandgläubiger endlich vertritt den Eigenthümer in der Klage und folgeweise auch in der Caution. Von ihm wird daher Satisdation verlangt.[5])

14. Mit besonderer Bestimmtheit wird die verschiedene Natur der einzelnen Sachenrechte in den Verhältnissen des Erben zu dem Vermächtnissnehmer hervorgehoben. Die Erörterungen hierüber knüpfen sich an folgende Fragen: Hat der

---

[1]) Fr. 7. pr. D. h. t. Prætor ait: Damni infecti *suo nomine* promitti, *alieno* satisdari iubebo. Diese Worte werden von Ulpian in Fr. 30. § 1. auf das Eigenthum bezogen: — qui — *de alieno* cavet, satisdare debet, qui *de suo* repromittere.

[2]) Fr. 9. § 5. Fr. D. h. t.

[3]) Fr. 9. § 4. Daher wird der Superficiar auch sonst mit dem Fructuar zusammengestellt. Anders Hesse S. 90, der Fr. 9. § 4. D. h. t. Fr. 1. § 20. De O. N. N. völlig missversteht. Fr. 19. pr. D. h. t. Ueber den emphyteuta ist mir keine ausdrückliche Entscheidung bekannt. Doch wird von ihm einfache Repromission genügen. Er wird ja wie der dominus behandelt. Ebenso der bonæ fidei possessor. Fr. 13. pr. D. h. t.

[4]) Fr. 30. § 1. Fr. 13. § 1. D. h. t. — Hesse, Kap. IX. § 3. berücksichtigt die Prädial-Servituten gar nicht. Wening, B. III. K. 6. § 286. stellt die viel zu allgemeine Behauptung auf: jeder Inhaber eines dinglichen Rechtes, welcher die drohende Anlage errichtet hat, leistet bloss promissorische Caution.

[5]) Fr. 11. verglichen mit Fr. § 25. D. h. t.

Erbe die legirte Sache frei von dinglichen Rechten auf den Honorirten zu übertragen? Die einzelnen Fälle werden verschieden beurtheilt. Wir beginnen mit der Betrachtung des usus fructus.

Zwei Möglichkeiten werden von Papinian unterschieden: Inhaber des Niessbrauchs ist entweder der Erbe oder ein dritter. Den ersten dieser Fälle behandelt Fr. 76 § 2 De legatis II.[1]), den zweiten Fr. 66 § 6 De legatis II.[2]). In beiden Stellen giebt dasselbe Prinzip den Ausschlag. «Der Niessbrauch, sagt der Jurist, ist als portio dominii anzusehen, denn wenn er auch nicht in einem Theile der Proprietät, sondern in dem Rechte ihres Genusses besteht, so sind wir doch befugt, ein solches Recht einem Theile gleich zu achten.» In Anwendung dieses Satzes versagt Papinian in dem einen Fall die exceptio doli gegen die Vindication des Legatars[3]) und gestattet in dem andern dem Vermächtnissnehmer eine besondere Klage auf Leistung des usus fructus auch nach Uebertragung der Proprietät.[4])

---

[1]) Libro VII. respons. Dominus herede fructuario scripto, fundum sub condicione legavit; voluntatis ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat. Diversum in ceteris prædiorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est, quoniam fructus portionis instar obtinet.

[2]) Libro XVII. quæst. Fundo legato, si ususfructus alienus sit, nihilominus petendus est ab herede; ususfructus enim etsi in iure non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet. Enimvero fundo relicto et ob reliquas præstationes, quæ legatum sequuntur, agetur, verbi gratia si fundus pignori datus vel aliena possessio sit. Non idem placuit de ceteris servitutibus. Sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas causas non valebit.

[3]) Offenbar setzt Fr. 76. § 2. wie Fr. 26. De leg. II. ein legatum per vindicationem voraus. Ohne diese Annahme bliebe die besondere Erwähnung eines *bedingten* Legats unerklärlich. Durch die Bedingung wird die Consolidation des Eigenthums in der Person des Erben herbeigeführt, wenigstens nach der Ansicht der Sabinianer, welcher Papinian beizustimmen scheint. Gaius II. § 200. Fr. 29. § 1. Qui et a quibus manum. (XL.) Das Damnationslegat macht in jedem Fall den Erben zum Eigenthümer. Uebrigens würde die exceptio doli auch gegen die persönliche actio ex testamento unzulässig sein.

[4]) Diese Klage kann nur die persönliche ex testamento sein. Im Fall eines Vindicationslegats würde auch die Eigenthumsklage helfen, so lange die Proprietät noch nicht übergegangen ist.

Ganz anders steht es mit den Prädialservituten. Das legirte Grundstück wird mit allen seinen Qualitäten übertragen.[5]) Ja wenn der Erblasser Eigenthümer des berechtigten oder belasteten Grundstückes ist, kann auf Wiederherstellung der durch Confusion aufgehobenen Sachenrechte gedrungen werden; von Seite des Legatars mit der persönlichen actio ex testamento, von Seite des Erben mit Hilfe der doli exceptio.[6])

15. Nach einem ganz eigenthümlichen Gesichtspunkt wird das Pfandrecht behandelt. Nicht die Analogie der persönlichen Rechte, noch weniger die der Prädial-Servituten, sondern einzig und allein die der res aliena legata, ist hier entscheidend. Verpfändete und fremde, d. h. weder dem Erblasser noch dem Erben gehörende Sachen, werden wiederholt zusammengestellt.[1]) Die Natur der Pfandklage rechtfertigt dieses Verfahren. Sie hat die Bedeutung einer abgeleiteten Vindication. In ihr wird das Recht des dritten Eigenthümers wirksam, durch sie daher die Sache selbst in die Lage einer fremden Sache gebracht und wie diese mit Eviction bedroht.[2]) Die Durchführung dieses Gesichtspunktes soll durch eine gesonderte Darstellung des legatum rei alienæ vorbereitet werden.

Seit dem neronianischen Senatsschluss war das Legat einer fremden Sache, auch ohne die Form der Damnation, allgemein giltig.[3]) Es auferlegte dem Erben die Verpflichtung, die Sache anzukaufen und abzugeben, oder, wo diess an der Weigerung des Eigenthümers oder an dessen allzu hoher Forderung

---

[5]) Fr. 69. § 3. De leg. I. Si fundus, qui legatus est, servitutem debeat impositam, qualis est dari debet. Quod si ita legatus sit: uti optimus maximusque, liber præstandus est.

[6]) Fr. 70. § 1. Fr. 116. § 4. De leg. I. Fr. 18. De servit. (VIII. 1.)

[1]) §§ 4. 5. I. de legatis. (II. 20.) Fr. 21. De probat. et præsumt. (XXII. 3.) § 5. I. de legat. verglichen mit Fr. 67. § 8. De leg. II. Die constitutio divi Pii bezog sich nach der ersten Stelle auf die res obligata, nach der zweiten auf die res aliena.

[2]) Vgl. Fr. 45. § 1 in fine. De legat. I. — ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, ut eum habere domino non licet.

[3]) Gaius II. §§ 197, 202, 210, 212, 220, 222. und die hiezu in der Göschenschen Ausgabe citirten Stellen.

scheiterte, den Geldeswerth zu leisten.[4]) Diese Auslegung hatte sich zunächst der Damnations-Form angeschlossen;[5]) sie wurde nach dem neronianum auch für die übrigen Formen beibehalten. — Welchen Einfluss hiebei der Irrthum des Testators ausübte, darüber fehlen alle Nachrichten. Erst der Proculianer Neratius Priscus, Zeitgenosse und designirter Nachfolger Traians,[6]) machte die Verpflichtung des Erben von der Kenntniss des fremden Eigenthums in der Person des Erblassers abhängig. Seine Ansicht wurde durch eine Constitution, wahrscheinlich des Kaisers Titus Aurelius Antoninus Pius, der so manchen Punkt der Legatslehre ordnete,[7]) zum Gesetz erhoben.[8]) Diese Bestimmung bildet den Hauptwendepunkt in der Geschichte des Legats einer fremden Sache. Durch sie musste es viel von seiner praktischen Bedeutung verlieren. Ja die eigenthümliche Vertheilung der Beweislast nahm ihm allen Werth. Schon Marcian vertheidigt in seinen nach des Severus und Caracallus Tode verfassten Institutionen die Beweispflicht des Legatars.[9]) Der Legatar hat die Bekanntschaft des Testators mit dem frem-

---

4) Gaius II. § 202. Fr. 14. § 2. Fr. 30. § 6. De leg. II. Fr. 39. § 7. De leg. I. § 4. I. de leg. (II. 20.)

5) Vgl. besonders die drei ersten Citate der Note 4.

6) Fr. 7. Si a parente quis (XXXVII. 12.) Spartian. im Hadr. C. 4. «Commendo tibi provincias, si quid mihi fatale contigerit» schrieb Trajan an Neratius.

7) Eine Zusammenstellung derselben bei Cuiacius ad Fr. 67. § 8. c. Opp. t. IV. p. 534.

8) Fr. 67. § 8. De legat. II. (Papinianus libro XIX. quæstionum.) Si rem tuam, quam existimabam meam, te herede instituto, Titio legem, non *est Neratii Prisci sententiæ, nec constitutioni* locus, qua cavetur, non cogendum præstare legatum heredem. *Nam succursum est heredibus, ne cogantur redimere quod testator suum existimans reliquit.* Sunt enim magis in legandis suis rebus quam in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores voluntates, quod in hac specie non evenit, quum dominium rei sit apud heredem. § 4. I. de leg. (II. 20.) — forsitan enim si scisset alienam non legasset, et ita Divus Pius rescripsit. Der Grundsatz der constitutio wurde durch ein Rescript auf die res obligata übertragen. Es ist kein Grund anzunehmen, rescriptum und constitutio für gleichbedeutend zu halten; dennoch bleibt es wahrscheinlich, dass beide von demselben Kaiser herrührten.

9) Fr. 21. de probat. et præsumt. (XXII. 3.) Diese Bestimmung übertrugen Compilatoren in Justinians Institutionen. § 4. I. de leg.

den Eigenthum, nicht etwa der Erbe dessen Unkenntniss mit der wahren Sachlage darzuthun. Die äusserste Schwierigkeit eines solchen Beweises veranlasste eine Ausnahme zu Gunsten der coniunctæ personæ.[10]) Ihrem Anspruch soll der Irrthum des Testators nicht entgegenstehen; ihnen würde dieselbe Sache auch als fremde vermacht worden sein.[11])

Das Recht zur Zeit der klassischen Juristen stellt sich demnach folgendermassen: Kannte der Testator das fremde Eigenthum, so erhält jeder Legatar das Recht auf Geltendmachung des Vermächtnisses; kannte er es nicht, dann nur eine coniuncta persona. — Diess Resultat, so einfach und sicher es ist, hat nichts desto weniger mit besondern Schwierigkeiten zu kämpfen. Es setzt nämlich voraus, dass das Eigenthumsverhältniss der legirten Sache dem Legatar bei der Geltendmachung seines Anspruchs bereits bekannt war. Wie aber wenn der Honorirte selbst noch im Irrthum schwebt und ohne Argwohn eine fremde Sache hinnimmt, welche ihm in der Folge evincirt wird? Man ist versucht, dem Legatar auch jetzt noch dieselbe Befugniss einzuräumen, welche ihm vor Annahme der vermachten Sache zustand. Es ist in der That schwer einzusehen, warum die spätere Kenntniss des wahren Sachverhalts dem Honorirten weniger Rechte gewähren sollte, als die frü-

---

10) Zu ihnen gehört auch die alumna Fr. 38. De fideicomm. libert. (XL. 5.) und der Erbe Fr. 73. Ad S. C. trēb. (XXXVI. 1.)

11) L. 10. C. De legat. (VI. 37.) Imp. Alexander A. Ingenuæ. — Cum alienam rem quis reliquerit, si quidem sciens, tam ex legato quam ex fideicommisso ab eo, qui legatum seu fideicommissum meruit, peti potest. Quod si suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi proximæ personæ vel uxori vel alii tali personæ datum sit, cui legaturus esset, etsi scisset, rem alienam esse. (a. 227.) Diess ist eine præsumtio juris et de iure. Eine einzelne Anwendung dieses Grundsatzes auf das Prälegat des Erben enthält Fr. 73. Ad S. C. treb. (XXXVI. 1.) Vgl. Gaius II. § 220. Diesen Stellen schliesst sich Fr. 77. § 8. De legat. II. verba: si tamen inter filios divisionem fecit &c. an. Die Theilung der Erbschaft geschieht in Form von Prälegaten und wird daher auch da, wo diese Form nicht beobachtet ist, nach dem Rechte von Prälegaten beurtheilt. Fr. 3. § 4. Ad S. C. treb. (XXXVI. 1.) Daher ist es ganz consequent, und in der Regel der L. 10. C. begründet, dass ein solches Prälegat angekauft und von dem darauf ruhenden Pfand befreit werden muss. Fr. 33. Fam ercisc. (X. 2.)

here. Scheint ja die Sachlage auch jetzt noch dieselbe. Und doch entscheiden Papinian und Labeo anders. Die actio ex testamento, womit vor geschehener Besitzergreifung der Ankauf erzwungen werden konnte, geht durch die Besitzergreifung verloren und wird jetzt ohne Weiteres versagt.[12]) Noch mehr; selbst eine Caution für künftige Eviction kann von dem Erben nicht verlangt werden,[13]) sie bleibt, wenn geleistet, ohne Erfolg.[14])

So bildet der Erwerb des Besitzes die Grenzscheide. Vorher kann der Erbe zum Ankauf der Sache angehalten werden, später nicht mehr. Der Legatar hat sich in dem zweiten Falle mit der usucapio pro legato zu begnügen.[15]) Diese Bedeutung des Besitzerwerbs ist aus der strengen Interpretation der Legatsworte abzuleiten. Durch Uebergabe der Sache *in ihrem damaligen Zustande* werden die Ausdrücke: Titium dato völlig erfüllt.[16]) Für den Zwang zum Ankauf bleibt keine Klage mehr übrig. So lange dagegen diese zu Gebote steht,

---

12) Papinian in Fr. 77. § 8. De leg. II. Evictis prædiis, quæ pater qui se dominum esse crediderat, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit. Die Stelle spricht zunächst von einer coniuncta persona, welche auch im Fall der ignorantia testatoris, vor der Annahme zur Klage berechtigt ist. — Labeo in Fr. 29. § 3. De legat. III. Si heres tibi, servo generaliter legato, Stichum tradiderit, isque a te evictus fuisset, posse te ex testamento agere, Labeo scribit, quia non videatur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis; et hoc verum puto. Die Klage gilt also nur für das generelle Legat, nicht für das legatum speciei.

13) Fr. 45. §§ 1. 2. De legat. I. Fr. 71. § 1. D. eod. bezieht sich ausschliesslich auf das generelle Legat. Darauf deutet der allgemeine Ausdruck servus statt des speciellen Stichus. Der ganze Inhalt dieser Stelle beweisst übrigens, dass nicht die Frage: wann Eviction zu leisten sei, sondern die andere: wann Caution erforderlich werde, der Gegenstand der Behandlung ist.

14) Fr. 56. De legat. I. Paulus R. S. II. t. 8.

15) Fr. 4, 5, 6, 8, 9. Pro legato (XLI. 8.) Die actio de dolo ist an ihre gewöhnlichen Bedingungen geknüpft. Fr. 11. § 30. De legat. I.

16) Dass man wirklich so interpretirte, beweist Fr. 45. § 2. De legat. I. Si vero certus homo legatus est, talis dari debet, qualis est, d. h. Stichus ist auch dann gegeben, wenn das Eigenthum nicht übertragen ist, er muss nur in seinem gegenwärtigen Zustande gegeben sein. Anders beim generellen Legat; hier ist nur dann gegeben, wenn das habere licere zugesichert ist, ita dare debet ut eum habere liceat.

so lange hat der Honorirte die Möglichkeit, jene höhere Verpflichtung des Erben darzuthun.

16. Dieselben Bestimmungen gelangten auch bei dem Legat der verpfändeten Sache zur Anwendung. Der Erbe hat die Pfandschuld nur dann abzutragen, wenn der Honorirte die Bekanntschaft des Testators mit der Verpfändung nachzuweisen vermag.[1]) Eine solche Uebereinstimmung in dem Grundsatze berechtigt zur Uebertragung einzelner Detailbestimmungen aus dem einen Gebiet in das andere. So ist die Begünstigung der coniunctæ personæ auch für das Pfandrecht nicht zu bezweifeln, obschon sie hiefür nicht ausdrücklich hervorgehoben wird.[2]) Nicht weniger allgemein ist das Recht des Honorirten, vermöge dessen selbst der Irrthum des Testators den Beweis nicht ausschliesst, dass statt der verpfändeten Sache eine andere nicht geringern Werthes von dem besser unterrichteten Erblasser würde legirt worden sein.[3]) Dieser Satz muss noth-

---

[1]) § 5. I. de legat. (II. 20.) Fr. 57. De legat. I. (Ulpian.) Si res obligata per fideicommissum fuit relicta, si quidem scit eam testator obligatam, ab herede luenda est, nisi si animo alio fuerit, si nesciat a fideicommissario. Der Zusatz: nisi si animo alio fuerit entspricht den Worten des § 5. I. c. Si tamen defunctus voluit legatarium luere et hoc expressit, non debet heres eam luere. Beide Male wird die Wissenschaft des Testator vorausgesetzt, ihm aber auch für diesen Fall die Möglichkeit einer Abänderung der gesetzlichen Bestimmung offen gelassen. Ja diese Abänderung versteht sich in einem Falle von selbst. Wer die Dotalsachen prälegirt, will in jedem Fall nur den Umfang der dos anerkennen, in welchem er sie selbst empfieng. Fr. 15. De dote præleg. (XXXIII. 4.) — L. 6. C. de fideicomm. (VI. 42.) Imp. Alexander (a. 224.) Prædia obligata, per legatum vel fideicommissum relicta, heres luere debet, maxime cum testator conditionem eorum non ignoravit. — Diess Rescript steht dem Ausdruck und der Zeit nach in dem genauesten Zusammenhang mit Fr. 57. c. Maxime findet sich nicht selten in der Bedeutung von *nämlich*. — Nach dem Inhalt dieser Stellen müssen die allgemeiner sprechenden ausgelegt werden. So Fr. 15. De dote præleg. (XXXIII. 4.) Fr. 43. § 3. De leg. I.

[2]) Man müsste denn Gaius II. § 220. als Beweis ansehen, weil hier die Luitionspflicht der Miterben nicht von der scientia testatoris abhängig gemacht, sondern ganz allgemein behauptet wird.

[3]) Hierher gehören zwei der in n. 1. angeführten Stellen: L. 6. C. c. aut, si scisset, legaturus tibi aliud, quod non minus esset, fuisset — Fr. 57. D. c. si nesciat, a fideicommissario, nisi si vel hanc vel aliam rem

wendig auch für das Vermächtniss einer fremden Sache gelten. Endlich wird die Uebertragung des Besitzes der verpfändeten Sache denselben Einfluss auf die actio ex testamento ausüben, welchen wir bei dem Legat der fremden Sache hervorgehoben haben.[4]) Eviction kann der Legatar auch hier nicht ansprechen;[5]) dagegen wird er mit einer exceptio doli den evincirenden Pfandgläubiger zur Abtretung der Schuldklage gegen den Erben anhalten, es müsste denn sein, dass dieser persönliche Befreiung nachzuweisen vermöchte.[6])

17. Bisher ist ausschliesslich von dem Pfandanspruch eines Dritten die Rede gewesen. Wie aber, wenn die serviana dem Erben oder dem Legatar zusteht? Jeder dieser beiden Fälle verdient eine besondere Betrachtung. Wir verweilen zuerst bei dem Pfandrecht des Legatars.

Das Pfand des Vermächtnissnehmers wird nach der gewöhnlichen Theorie als erloschen betrachtet, sobald es in der Person des Honorirten mit dem Eigenthum zusammentrifft.[1]) Ohne allen Grund. Das Pfandrecht erlischt nur mit der Pfand-

---

relicturus fuisset, si scisset obligatam. Vel potest aliquid esse superfluum exsoluto ære alieno. — Dieser Zusatz vel potest ist die Veranlassung eines Streites, der seine eigene Litteratur hat. Siehe die ältere bei Schulting ad h. l., die neuere bei Rosshirt, Vermächtnisse B. II. S. 165—168 und Mühlenbruch im Archiv für civ. Praxis B. XV. Abth. 18. S. 393. ff. Mir scheint die Mühlenbruchsche Erklärung unzweifelhaft. Ulpians Darstellung nimmt folgenden Gang: «die ignorantia testatoris verpflichtet in der Regel den Honorirten zur Tilgung der Pfandschuld. Hierdurch wird indess das Legat nicht nothwendig inhaltslos. Es ist ja möglich, dass der Sachwerth mehr beträgt, als die Schuld.» Der Grundirrthum der andern Auffassungen liegt in der Verbindung dieses Satzes mit dem vorhergehenden. Beide sind von einander unabhängig und durch die Interpunction völlig zu trennen. Der letztere fand daher in L. 6. C. c. keine Aufnahme.

4) S. oben IV. 16. n. 12. Die dort citirten Stellen sprechen ganz allgemein von Eviction, ohne Unterschied ob durch Vindication oder serviana evincirt wurde.

5) Fr. 45. §§ 1. 2. Fr. 56. De leg. I.

6) Fr. 57. De legat. I. zweite Hälfte. Die Leseart der Florentina: noluerit ist beizubehalten. Die Emendation: voluerit gibt keinen Sinn.

1) Rosshirt, Vermächtnisse S. 158. am Ende 159. Thibaut in Brauns Erläuterungen S. 699. 700.

klage. Diese aber hat ihre bestimmten Formelbedingungen, auf deren Erfüllung allein Rüksicht zu nehmen ist. Dahin gehört vor allem Zahlung oder zahlungsähnliche Befriedigung. Eine solche liegt aber noch nicht in der Confusion.[2]) Daher wird der Legatar bis zur Tilgung seiner Forderung mit der Pfandklage gegen jeden Besitzer durchdringen, ein Recht, welches besonders nach der Zerstörung seines Eigenthums durch die Usucapion von Seite eines dritten Besitzers hohe Wichtigkeit gewinnt. So erscheint die legirte Sache auch in den Händen des Legatars mit einem Pfande belastet, und es ist nicht einzusehen, warum dieses Pfand anders behandelt werden sollte, als das eines dritten völlig fremden Gläubigers. Der Erbe ist daher gehalten auch dieses zu tilgen, sofern ihm die Bekanntschaft des Erblassers mit der wahren Sachlage nachgewiesen werden kann. So entscheidet Paulus R. S. III. t. 6. § 8.

Si res obligata creditori, cuius causam testator non ignoravit, per damnationem[3]) legata sit, luitio ad heredis sollicitudinem spectat.[4])

Hienach soll der Erbe die Pfandschuld bezahlen, wenn der Testator die Verpfändung kannte. Von der grössten Wichtigkeit ist diese Verpflichtung, so oft nicht der Erblasser, sondern irgend ein Dritter Schuldner des Honorirten ist; es unterliegt auch keinem Zweifel, dass Paulus zunächst an einen solchen Fall dachte. Wäre der Erblasser, oder jetzt an seiner Stelle der Erbe Pfandschuldner des Legatars, so würde gegen ihn die persönliche Schuldklage ausreichen, die actio ex testamento wäre in der Regel ohne Belang.

Paulus libro IV. responsorum:

---

[2]) Siehe über diesen Satz den dritten Abschnitt.

[3]) Seit dem neronianum ist auch das legatum per vindicationem in derselben Weise zu beurtheilen.

[4]) Mit dieser Stelle stimmen Fr. 57. De leg. I. und Fr. 66. § 6. De leg. II. insofern überein, als sie ganz allgemein von der res obligata sprechen, ohne zu unterscheiden, wem das Pfandrecht zusteht, ob einem extraneus oder dem legatarius oder endlich dem heres.

In Fr. 85. De legatis. I. (XXX. 1.)

Creditorem, cui res pignoris iure obligata a debitore legata esset, non prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas testatoris compensare volentis evidenter non ostenderetur.

Hier erscheint der Erblasser, oder nunmehr der Erbe, selbst als Hauptschuldner. Gegen ihn dauert die ursprüngliche Klage fort, und nur der auf Compensation gerichtete Wille des Testators verhilft zu einer exceptio doli.

Der zweite Fall, das Pfandrecht des Onerirten, kann nur nach Analogie des Vermächtnisses einer dem Erben gehörenden Sache und nach Maasgabe allgemeiner Grundsätze beurtheilt werden. Ausdrückliche Quellenzeugnisse finden sich nicht.[5]) Die Sache des Erben wird im Verhältniss zu den Anordnungen des Testators nicht als res aliena behandelt. Auf sie findet die Constitution des Kaisers Antoninus Pius keine Anwendung.[6]) Der Irrthum des Testators vermag nicht den Erben von der Entrichtung des Vermächtnisses zu befreien. Der Unterschied zwischen Kenntniss und Unkenntniss, scientia und ignorantia testatoris, ist ohne Bedeutung. Dasselbe muss für das Pfandrecht behauptet werden; und hierin gerade besteht der Unterschied zwischen dem Pfandanspruch des Legatars und dem des Erben. Jener ist nur im Fall der Wissenschaft des Testators, dieser stets zu tilgen.

18. Dieselben Grundsätze, nach welchen wir bisher die Verpflichtungen des Erben gegenüber dem Legatar beurtheilt haben, entschieden auch über die Frage, welche Sachenrechte das Legat einer dem Honorirten zugehörenden Sache zur Geltung bringen? Dieser Punkt soll hier noch seine Erledigung finden. Er verdient um so mehr Beachtung, da eine Meinungsverschiedenheit unter den römischen Juristen nicht zu verkennen ist. Papinian behauptet die Ungiltigkeit des Legats trotz

---

5) Es müsste denn sein, dass man Fr. 57. De leg. I. und Fr. 66. § 6. De leg. II. als solche gelten lassen will: da sie ganz allgemein von der res obligata sprechen, also auch das Pfandrecht des Erben umfassen.

6) Fr. 67. § 8. De leg. II. S. oben IV. 16. n. 8.

der Sachenrechte, welche etwa einem Dritten zustehen, und ohne allen Unterschied zwischen ususfructus, Prädial-Servitut, Pfandrecht und Emphyteuse. [1]) Ihm gegenüber vertheidigt Julian die Giltigkeit für den Fall des Pfandrechts, [2]) und für den des fundus vectigalis.[3]) Auf seine Seite stellt sich Ulpian. Ueber den Niessbrauch und die Prädial-Servituten findet sich keine abweichende Behauptung.[4]) Wir verweilen daher zuerst bei

---

[1]) Fr. 66. § 6. De leg. II. Siehe den Text dieser Stelle oben IV. 15. n. 2. Für unsere vorliegende Frage sind die Schlussworte entscheidend: Sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas causas non valebit. Haloander änderte propter in præter, eine Emendation, welcher Cuiacius ad h. Fr. (opp. t. IV. p. 453.) und Donell (Comment. iur. civ. VIII. 2.) angeblich auf die Auctorität von Handschriften, und in neuerer Zeit Thibaut (in Brauns Erörterungen S. 700. am Ende) aus Verzweiflung ihre Zustimmung gaben. Wir halten uns an die Leseart der Florentina. — Man hat ferner viel darüber gestritten, was unter den istæ causæ zu verstehen sei. Vgl. Rosshirt, Vermächtnisse II. S. 162. 163. Darüber kann offenbar nur die Stelle selbst entscheiden. Diese spricht hintereinander von ususfructus, Pfandrecht und Prädial-Servituten. Daher werden alle drei Klassen von Sachenrechten unter jenem Ausdruck begriffen, die eine so gut als die andere. Jede Trennung derselben wäre willkührlich und mit den Worten der Stelle unvereinbar. — Unter den Fällen der aliena possessio begreift Papinian wohl hauptsächlich den ager vectigalis und die emphyteusis. — Der Ausdruck propter istas causas non valebit sagt nicht, wie Schulting zu glauben scheint: das Legat wird durch diese Verhältnisse ungiltig, sondern: das (sonst ungiltige) Legat wird durch diese Verhältnisse noch nicht giltig. In einer ganz ähnlichen Bedeutung findet sich der Ausdruck causæ in Fr. 23. de V. S. (L. 16.)

[2]) Fr. 86. pr. De leg. I. Iulianus libro XXXIV. digestorum. Si tibi homo, quem pignori dederas; legatus ab alio fuerit, actionem ex testamento habebis adversus heredem, ut pignus luatur. Fr. 1. § 1. De liberat. leg. (XXXIV. 3.) Iulianus scripsit: si res pignori data legetur debitori a creditore, valere legatum, habereque enm actionem, ut pignus recipiat priusquam pecuniam solvat. Sic autem loquitur Iulianus, quasi debitum non debeat lucrari; sed si alia testantis voluntas fuit, et ad hoc perveniletur exemplo luitionis. Vgl. ferner Fr. 43. § 3. De leg. I. (Ulpianus ad Sabinum.)

[3]) Fr. 71 § 5. De leg. I. Ulpianus libro LI. ad Edictum. Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat petique possit, videamus. Et Iulianus libro XXXVIII. digestorum scribit: quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen quia aliquod ius in eo is, qui legavit, habet, valere legatum.

[4]) Fr. 86. § 4. De leg. I. spricht von dem legatum ipsius servitutis, nicht von dem der Sache. Jenes ist unter allen Bedingungen giltig. Fr. 41. pr. De leg. I. Vgl. Fr. 71. § 6. D. eod. Ein zweites Bedenken scheint sich aus den Worten Julians in Fr. 71. § 5. c. zu ergeben: quia aliquod ius

diesen Rechten. Die Prädial-Servituten machen keine Schwierigkeit. Ihre Behandlungsweise erscheint völlig folgerichtig. Einerseits hat sie der Erbe nicht abzulösen, wenn sie ein giltiges Legat belasten, andererseits wird das an sich ungiltige Legat durch sie nicht giltig. Inconsequent dagegen scheint die Beurtheilung des usufructus. Wenn der Niessbrauch als Theil des Eigenthums auf den Legatar übertragen werden muss, warum soll er nicht auch das Legat der eigenen Sache zur Geltung bringen? scheint doch diese zum Theil eine fremde. Der Grund einer solchen verschiedenen Behandlung liegt in der strengen Auslegung der Legatsworte. Die concrete Sachbezeichnung geht auf die Proprietät.[5]) Nach dieser allein kann die Rechtsbeständigkeit des Legates beurtheilt werden. Der usufructus kommt erst in zweiter Linie in Betracht. Er folgt der Proprietät, steht und fällt mit ihr.[6]) Darum hört er nicht auf portio dominii zu sein, er ist ein Theil des Eigenthums, aber im Verhältniss zu der Proprietät ein accessorischer. Dasselbe wiederholt sich in allen denjenigen Fällen, welche eine strenge Auslegung der concreten Sachbezeichnung verlangen. So enthält die intentio: fundum meum esse von Seite des blossen Eigenthümers keine pluris petitio.[7]) Ebenso bleibt die acceptilatio usufructus gegenüber der stipulatio fundi ohne

---

in eo (fundo) is qui legavit habet. Ein solches ius in fundo hat ja auch der Usufructuar und der Inhaber einer Prädial-Servitut. Allein es ist im Allgemeinen sehr gefährlich, die Gründe einer Entscheidung als Zeugniss für alle möglichen Consequenzen geltend zu machen; noch grösser ist diese Gefahr hier, wo es sich um ein Recht handelt, das geradezu als Gegensatz der iura in re behandelt und mit dem Eigenthum zusammengestellt wird. Es ist daher unzulässig, von dem Vectigalrechte auf die alten Servituten zu schliessen.

5) Fr. 25. de V. S. (L. 16.) Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cuius ususfructus alienus est. — Diese Interpretation bezieht sich offenbar auf die intentio der rei vindicatio: fundum meum esse. Dieser, sagt der Jurist, genügt schon der Beweis der proprietas, deren Integrität durch den fremden Niessbrauch eben so wenig gebrochen wird, als durch ein fremdes Wegerecht.

6) Fr. 10. 19. De usu et usufr. (XXXIII. 2.)

7) Fr. 25. pr. de V. S. verglichen mit § 33. I. de action. (IV. 6.) und Consult. C. V.

Bedeutung.[8]) In diesen beiden Beispielen würde der Wortsinn überschritten, wollte man den ususfructus gleich einem selbstständigen und nicht vielmehr gleich einem abhängigen accessorischen Bestandtheil beurtheilen.

Nun kommen die von den Römern selbst bestrittenen Fälle an die Reihe. Hier besteht unsere Aufgabe in der Entwicklung der Gesichtspunkte, von welchen aus die alten Juristen zu so verschiedenen Resultaten gelangten.

Papinian hielt offenbar an der strengen Wortinterpretation fest, welche für Pfandrecht und Emphyteuse dasselbe Resultat ergeben musste, wie für den ususfructus. Er stellt daher diese im übrigen so verschiedenen Sachenrechte[9]) unter der gemeinschaftlichen Bezeichnung von «præstationes quæ legatum sequuntur» zusammen.[10]) Sie folgen sämmtlich dem Schicksal des Legats, d. h. der Proprietät. Selbst die Emphyteuse muss sich dieser unterordnen; denn nicht sie, sondern nur das Eigenthum wird unter der einfachen Sachbenennung verstanden.

Julian liess sich nicht durch den Wortlaut des Legats, sondern einzig und allein durch die Natur des Sachenrechts, womit jenes beschwert ist, leiten. Dieser Gedanke tritt hauptsächlich in der Behandlung des Pfandes hervor. Wir haben oben schon die Gleichstellung der res aliena und der res obligata nachzuweisen und zu erklären versucht. Dieselbe Erscheinung wiederholt sich hier. Julian auferlegt dem Erben die Tilgung des Pfandanspruchs wie dort den Ankauf des fremden Eigenthums. Sie geschieht einem dritten Gläubiger gegenüber, durch Abzahlung der Schuld, wo aber der Erblasser selbst Creditor war, durch einfache Rückgabe des Pfandobjekts, oder

8) Fr. 13. § 2. De acceptil. (XLVI. 4.) verglichen mit Fr. 9. D. eod.

9) Es ist ein tadelnswerther Irrthum des Cuiacius, wenn dieser, gestützt auf die Zusammenstellung unseres Fragments, auch die possessio als pars dominii behandelt wissen will, wie den ususfructus. Papinian denkt an diese Assimilation nicht.

10) Zu diesen præstationes quæ legatum sequuntur, gehören übrigens ausser den von Papinian angeführten Beispielen auch noch die rückständigen auf dem Gute lastenden Abgaben Fr. 39. § 5. De leg. I. und die noxa Fr. 70. pr. D. eod. Auch diese Leistungen würden das Legat einer dem Honorirten zugehörenden Sache nicht zur Geltung bringen.

im Fall der blossen Hypothek, durch Remission.[11]) Die persönliche Schuldforderung verbleibt dem Erben; ihre Fortdauer verträgt sich ja gar wohl mit der Aufopferung des Pfandrechts. Der entgegengesetzte ausdrückliche Wille des Testators ist natürlich nicht ausgeschlossen.

Wie durch das Pfandrecht, so wird auch durch die Emphyteuse dem Eigenthümer seine eigene Sache fremd. Auf den emphyteuta ist der grösste Theil der Befugnisse übergegangen. Kein Wunder, dass auch hier Julian dem Erben die Ablösung des fremden Rechts auferlegt. Freilich setzt die hierauf bezügliche Stelle[12]) den Erblasser selbst als Inhaber des Rechts voraus. Doch ist der Schluss auf einen dritten emphyteuta nicht zu gewagt. Ja die Nichterwähnung dieses Falles hat sehr wahrscheinlich ihren Grund in jener öfters hervorgehobenen Gleichstellung der Emphyteuse mit dem Eigenthum. —

Julians Gesichtspunkt war nur für die beiden erwähnten Sachenrechte, Pfand und Emphyteuse, von Bedeutung. Auf den Niessbrauch und die Prädial-Servituten konnte er keine Anwendung finden. Daher wurden diese beiden ältesten Arten der iura in re kein Gegenstand der Controverse, sondern ganz allgemein nach Papinians Ansicht beurtheilt.

---

[11]) Fr. 86. pr. De leg. I. — Fr. 1. § 1. De liberat. leg. (XXXIV. 3.) Für die Hypothek findet sich keine ausdrückliche Stelle.

[12]) Fr. 71. § 5. De leg. I. S. oben IV. 18. n. 3.

V.

Die mit dem Besitzpfand verbundenen materiellen Befugnisse, insbesondere der Fruchtgenuss.

---

1. Der rechtliche Gehalt des Pfandrechts ist die Pfandklage. Das haben wir in den beiden letzten Abschnitten im Gegensatz zu den Servituten nachzuweisen gesucht. Von dem rechtlichen Gehalt sind aber die materiellen Befugnisse zu unterscheiden. Diese sollen in den nächstfolgenden Abschnitten untersucht werden. Jedes Pfand, mag das Eigenthum oder der Besitz versetzt sein, soll dem Gläubiger Befriedigung für seine Forderung ohne alles Zuthun des Schuldners sichern. Darin besteht der Nutzen der Verpfändung und diese materielle Seite des Instituts ist sogar für das praktische Leben weitaus die Hauptsache. So giebt es also eine doppelte Persecution des Pfandes, die rechtliche, durch die Pfandklagen, die materielle zum Zweck der Selbstbefriedigung. Beide sind gleich wichtig, aber in verschiedenen Kreisen: die Klage begründet das Recht und leitet die Theorie, die Selbstbefriedigung dagegen ist für das Recht und die Theorie ohne Bedeutung und dennoch der von dem Gläubiger allein beabsichtigte Nutzen der Pfandbestellung. Diese zweite Art der Persecution, welche wir im Gegensatz zu der rechtlichen bisher betrachteten, die

materielle nennen können, ist der Gegenstand einer geschichtlichen Entwicklung, die von jener der Pfandklagen durchaus unabhängig dasteht. Wir unterscheiden in ihr zwei Perioden: die Zeit vor und die Zeit nach der Ausbildung des Pfandverkaufs. Ein nach Jahren bestimmbarer Scheidepunkt lässt sich nicht aufstellen; denn auch hier hat kein Gesetz gewirkt. Alles ist das Werk eines sich allmählig entwickelnden Rechtslebens. Aber wir werden sicherlich nicht gross von der Wahrheit abirren, wenn wir das letzte Jahrhundert vor Ulpian als die Zeit des Ueberganges bezeichnen.[1]) Der Pfandverkauf ist unstreitig das einfachste und vollkommenste Mittel der Befriedigung, und eben desshalb bezeichnet seine Ausbildung einen entschiedenen Fortschritt in der Entwicklung der Realcaution überhaupt. Aber es verflossen lange Jahrhunderte, ehe die Besitzesverpfändung diese Höhe erstieg. Bis dahin half man sich durch verschiedene viel beschwerlichere und unvollkommenere Mittel. Der Gläubiger war zunächst an den Fruchtgenuss der Pfandsache gewiesen. Er konnte das Grundstück bebauen oder verpachten, das Haus bewohnen oder vermiethen, Sklaven und Thiere für sich arbeiten lassen oder zur Arbeit an andere verdingen. Wo sich das Pfandobject zu keinem derartigen Fruchtgenuss eignete, da half man durch besondere Verträge, etwa durch einen bedingten Verkauf oder durch eine commissorische Verabredung. Zuletzt blieb immer noch die Herbeiführung des Concurses, welche vor der Ausbildung der bonorum possessio et venditio dem besitzenden Pfandgläubiger die Möglichkeit der Usucapion, nachher die Erzielung besserer Procente eröffnete. Von diesen verschiedenen Auskunftsmitteln verlangt nur der Fruchtgenuss eine genauere Betrachtung. Er zeichnet sich durch regelmässigen Eintritt, ebenso durch seine Unabhängigkeit von jeder besondern Beredung vor allen übrigen Befriedigungsarten aus und

[1]) Ulpianus libro XXVII. ad Edictum in Fr. 14. § 1. De pec. const. (XIII. 5.) Si quis constituerit se pignus daturum, *quum utilitas pignorum irrepserit*, debet etiam hoc constitutum admitti. Diese utilitas hängt offenbar mit der Ausbildung der Verkaufsbefugniss zusammen.

kann eben desshalb als der wahre Stellvertreter des Pfandverkaufs in der frühern Zeit betrachtet werden. Der Zustand der Quellen ist unserer Untersuchung nicht sehr günstig. Die Ausbildung der Verkaufsbefugniss musste nothwendig die Befriedigung durch blossen Fruchtgenuss in den Hintergrund drängen. Das Recht dazu hatte zwar auch jetzt noch jeder Gläubiger, er konnte den Pfandverkauf unterlassen und dem Fruchtgenuss selbst gegen den Willen des Schuldners den Vorzug geben.[2]) Aber der Verkauf bildete nun doch immer die Regel, die Befriedigung aus dem Fruchtertrag die Ausnahme und diesem Verhältniss haben wir die Spärlichkeit der Quellenzeugnisse über den vorliegenden Gegenstand zuzuschreiben. Die Schriftsteller endlich kennen nur den Pfandverkauf. Sie finden in ihm den nothwendigen, nicht nur materiellen, sondern auch rechtlichen Inhalt jedes Pfandes, sie lassen ihn daher mit dem pignus selbst entstehen. Kein Wunder, wenn für die Befriedigung aus dem Fruchtertrag keine Stelle übrig bleibt.

2. Die Hauptfrage, von deren Lösung alles Einzelne abhängt, ist folgende: Welcher rechtliche Zusammenhang verbindet den Fruchterwerb des Pfandgläubigers mit der Verpfändung des Besitzes? Wir antworten: *der Pfandbesitzer wird als bonæ fidei possessor behandelt, sein Fruchterwerb nach den für die bonæ fidei possessio geltenden Regeln beurtheilt.* Alles Gewicht ruht hienach auf der rechtlichen Natur des Pfandbesitzes. Dieser haben wir daher zuerst unsere Aufmerksamkeit zu wiedmen. Alsdann ist die Uebereinstimmung der für den putativen Eigenthümer und der für den Pfandbesitzer aufgestellten Regeln des Fruchterwerbs nachzuweisen. Zwischen diesen beiden Punkten theilt sich die Aufgabe unserer nächsten Darstellung.

Wie bei dem Eigenthumspfand das Eigenthum, so wird bei dem Besitzespfand der Besitz von dem Verpfänder auf den Pfandgläubiger übertragen. In beiden Fällen leitet der Gläu-

---

[2]) Fr. 6. pr. in fine. De pign. act.

biger sein Recht von dem Verpfänder ab. Darin stimmen Eigenthums- und Besitzespfand miteinander überein; nur der Inhalt des übertragenen Rechtes ist beidemale verschieden: bei der fiducia ist es das Eigenthum, bei dem pignus der Besitz.[1]) Halten wir dieses einfache Verhältniss der Besitzesübertragung fest, so lässt sich die ganze rechtliche Gestaltung des Pfandbesitzes mit Leichtigkeit erklären. Es ergiebt sich nämlich zunächst, dass der Verpfänder wirklich aufgehört hat zu besitzen,[2]) und dass der Pfandgläubiger fortan als einziger Besitzer dasteht;[3]) und diese doppelte Thatsache wird auch durch mehrfache unzweideutige Zeugnisse bestätigt. Es ergiebt sich ferner, dass der Besitz des Pfandgläubigers nicht als eine Aufhebung und Vernichtung, sondern vielmehr als eine Fortsetzung des Besitzes, wie er bei dem Verpfänder vorhanden war, angesehen werden muss. Daher die Accession, durch welche der Gläubiger im interdictum retinendæ possessionis selbst über den Schuldner den Sieg davon trägt;[4]) daher die Annahme, dass die Uebertragung des Pfandbesitzes zur Unterbrechung der Usucapion in der Person des Verpfänders nicht hinreicht.[5]) Es ergiebt sich zuletzt, dass dem Pfandbesitzer der animus domini fehlt,[6]) denn nur der Besitz wird übertragen, das Eigenthum dagegen nach der übereinstimmenden Absicht beider Contrahenten dem Verpfänder für jetzt und die Zukunft gelassen.[7]) Mit dem animus domini fallen aber alle diejenigen Rechte weg, welche ihn voraussetzen, insbesondere die Usu-

---

[1]) Fr. 35. § 1. De pign. act. Pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem *transfert ad creditorem*.

[2]) Fr. 36. De acq. vel am. poss. (XLI. 2.) — quam qui omnino non possidet. Fr. 1. § 15. D. eod. Fr. 16. De usurp. (XLI. 3.) Fr. 37. De pign. act.

[3]) Fr. 16. De usurp. (XLI. 3.) Vgl. v. Savigny, vom Besitz. VII. Ausgabe. S. 342. n. 1. — Fr. 13. Quæ in fraud. (XLII. 8.) «suo iure.»

[4]) Fr. 14. § 3. 5. De div. temp. (XLIV. 3.)

[5]) Fr. 1. § 15. Fr. 36. De acq. vel am. poss. Fr. 16. De usurp. Fr. 29. De pign. act. Vgl. Fr. 11. De prec. (XLIII. 26.)

[6]) Fr. 114. § 12. De leg. I. — ut pro pignore non ut pro dominis possideant. Das pro dominis possidere wird in L. 21. C. de furt. durch bonæ fidei possessor *domini cogitatione* possidet, umschrieben.

[7]) Fr. 35. § 1. De pign. act. — manente proprietate debitoris. —

capion [8]) und der Erwerb durch den als Pfand besessenen Sklaven.[9]) Wir können demnach sagen, auf den Pfandgläubiger werde nur das natürliche, nicht auch das civile Element des Besitzes übertragen.

3. Der so geartete Pfandbesitz ist eine bonæ fidei possessio, der Pfandgläubiger kennt zwar das fremde Eigenthum, aber er hat die Einwilligung des Eigenthümers. Er hat also denselben Anspruch auf die Früchte, welchen das Recht jedem bonæ fidei possessor überhaupt einräumt. Er wird also an allen denjenigen Erzeugnissen, welche unter den Begriff der Früchte fallen, mithin auch an den Jungen der Thiere, nicht aber an dem Kinde der Sklavinn, durch die blosse Separation sofort das volle Eigenthum und nicht etwa blossen Pfandbesitz, ähnlich dem an der erzeugenden Sache, erwerben. [1]) Diese Bestimmungen haben ihre Geltung nur so lange, als der Verpfänder wirklicher Eigenthümer der verpfändeten Sache ist. Wurde eine fremde Sache zum Pfand dahingegeben, so fehlt es an der Einwilligung des Eigenthümers, ohne welche der Begriff der bonæ fidei possessio in der Person des Pfandgläubigers nicht zu Stande kommt. Indess ist immer noch möglich, dass der Gläubiger das fremde Eigenthum nicht kennt, sondern den Verpfänder selbst als Eigenthümer ansieht. Dann ist der Begriff der bonæ fidei possessio in der Person des Pfandgläubigers allerdings wieder vorhanden; denn der Besitz selbst kann auch von dem Nichteigenthümer giltig übertragen werden, die bona fides aber folgt aus der Nichtkenntniss des fremden Eigenthums, wie in dem ersten Falle aus der Einwilligung des Eigenthümers. Der Fruchterwerb wird also auch hier derselbe sein, wie bei jeder bonæ fidei possessio. Auf den guten Glauben des Verpfänders kommt es durchaus nicht an; war dieser malæ fidei possessor, so wird die bona fides des Pfandgläubigers

---

8) Fr. 16. De usurp. Fr. 29. pr. De pign. act.

9) Fr. 37. pr. De acq. rer. dom. (XLI. 1.) Fr. 1. § 15. De acq. vel am. poss. (XLI. 2.)

1) Ich verweise der Kürze wegen auf die Ausführung Puchtas, Cursus der Institutionen II. § 242. Pandekten § 166.

dadurch nicht unwirksam, umgekehrt bleibt auch seine bona fides ohne Bedeutung, sobald dem Empfänger mala fides zur Last fällt. Die Beurtheilung des Fruchterwerbs richtet sich demnach einzig und allein nach der Person des Gläubigers, während für die Pfandklage das umgekehrte Verhältniss eintritt. Nehmen wir nun hinzu, dass nach der Tilgung der Pfandschuld auch die Früchte der Pfandsache von dem Verpfänder zurückverlangt werden können, und dass diess Recht, so wie die ganze Theorie der actio pignoraticia in personam auch auf die Verpfändung einer fremden Sache Anwendung findet,[2]) so ergibt sich das Resultat, dass die bona fides des Pfandgläubigers dem malæ fidei Verpfänder zu gut kommt. Diese Folgerung wird in folgendem Fragment Ulpians ausdrücklich hervorgehoben.

Ulpianus libro XXX. ad Edictum.

In Fr. 22. § 2. De pign. act.

Si prædo rem pignori dedit, competit ei et de fructibus pignoraticia actio, quamvis ipse fructus suos non facit; a prædone enim fructus et vindicari exstantes possunt et consumpti condici; *proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit.*

Die Entscheidung Ulpians bedarf keiner weitern Rechtfertigung, sie ist völlig klar. Aber darauf muss noch besonders aufmerksam gemacht werden, dass wir in ihr eine bestimmte Bestätigung für den nach den Regeln der bonæ fidei possessio beurtheilten Fruchterwerb des Pfandgläubigers gefunden haben. Denn was von der Verpfändung einer fremden Sache gilt, das muss um so mehr von der eigenen gelten, und wenn die Unkenntniss des dem Verpfänder fehlenden dominium zu dem Fruchterwerb des bonæ fidei possessor berechtigt, so muss das wirkliche Dasein dieses dominium dem Gläubiger doch gewiss zu demselben Recht verhelfen.[3])

---

[2]) Fr. 9. § 4. De pign. act.

[3]) In dieser Verbindung ist auch die Ausdrucksweise des Fr. 39. De pign. act. von Bedeutung. Hier wird die Verabredung: ut creditor pignus suum in compensationem pecuniæ suæ certo tempore possideret durch das gleichbedeutende: ut eius temporis fructus caperet erklärt.

4. Das Kind der Sklavinn ist in dem Erwerb des bonæ fidei possessor niemals inbegriffen.[1]) Daher kann es auch dem Pfandgläubiger nicht zufallen. Soll aber dieser gar kein Recht an ihm haben? Soll die Geburt freies unbelastetes Eigenthum des Verpfänders sein und als solches von ihm auch vor Bezahlung der Schuld mit der Vindication zurückverlangt werden können? Man verwarf diese Consequenz, und gab dem Gläubiger an dem bei ihm gebornen Kinde dasselbe Recht, welches er an der Mutter hatte, Pfandrecht und Pfandbesitz.

Imp. Alexander a. 230.

In L. 1. C. de partu pign. et omn. causa (VIII. 25.)

Partus pignoratæ ancillæ in pari casu esse, qua mater est, olim placuit.

Diess Princip führt zu der Consequenz, dass da, wo das Pfandrecht an der Mutter gar nicht oder nicht völlig zu Recht besteht, weil der Verpfänder malæ fidei possessor oder doch bloss putativer Eigenthümer war, auch das Pfandrecht an dem Kinde keinen höhern Grad von Wirksamkeit erhalten kann. Hier richtet sich also die Beurtheilung wieder nach der Person des Verpfänders wie bei der Pfandklage, nicht nach der des Gläubigers wie bei den Früchten. — Das Pfandrecht an dem Kinde der Sklavinn vertritt also die Stelle des an den Früchten erworbenen Eigenthums. Es ist somit an die Voraussetzung des Pfandbesitzes der Mutter geknüpft. Dem Pfandbesitz gilt aber das mit dem salvianischen Interdict geschützte Apprehensionsrecht völlig gleich. Das salvianum ist ja dazu bestimmt, die Tradition der Pfandsache zu ersetzen, es muss daher auch auf die Kinder der in das Grundstück eingeführten Sklavinn Anwendung finden. Und gerade für diesen Fall wird es von Julian ausdrücklich anerkannt.[2]) Kein anderer Fall wurde in ähnlicher Weise der Tradition gleichgestellt. Selbst das durch

[1]) Fr. 27. pr. De her. pet. (V. 3.) Fr. 28. De usur. (XXII. 1.) — Vgl. Fr. 22. § 3. Fr. 58. § 4. Ad S. C. treb. (XXXVI. 1.)

[2]) Fr. 1. pr. De salv. int. (XLIII. 33.) In dieser Stelle wird angenommen, dass das bei dem dritten Besitzer geborne Kind zur Zeit der Klaganstellung wieder auf dem Gute sich befindet.

die Perclusion realisirte Apprehensionsrecht an dem Hausrath des Inquilinen hatte keine Bedeutung und konnte keine haben, weil der Abschluss des Hauses auf rein factischem, nicht, wie das salvianum, auf rechtlichem Wege wirkt. Wo aber vollends auch dieses räumliche Verhältniss fehlt, wo also die Sklavinn bloss der Gegenstand eines gewöhnlichen Pfandvertrags ohne Besitzübertragung ist, da wird das Kind so wenig in das Pfandrecht des Gläubigers fallen, als bei einem Grundstück die von dem Verpfänder gezogenen Früchte in das Eigenthum desselben Gläubigers. Und auch dieser Satz wird von Paulus R. S. II. 5. § 2. ausdrücklich anerkannt.

Fetus vel partus eius rei, quæ pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit.

Man hat zwischen dem Zeugnisse des Paulus und dem Rescript Alexanders einen unauflöslichen Widerspruch angenommen, und doch lag der Unterschied zwischen der Verpfändung mit und ohne Besitzesübertragung so nahe. Dass Alexander in der That die Tradition der Sklavinn voraussetzt, ergiebt sich zwar noch nicht aus dem Gebrauch des Ausdrucks ancilla pignorata, aber aus der Aufnahme des Rescripts in den Titel de partu pignoris et omni causa; denn hier ist nur davon die Rede, wann die Geburt oder andere Erzeugnisse der Pfandsache dem Schuldner zurückzugeben sind, eine Frage, welche erst nach erfolgter Uebertragung des Pfandbesitzes von Interesse ist. Noch weniger zweifelhaft kann es sein, dass Paulus umgekehrt den Fall der Tradition ausschliesst. Diess ergiebt sich aus der Weglassung der Früchte. Warum werden nur fetus vel partus pignoris genannt? Warum nicht auch fructus? Wir antworten, weil die Früchte der ohne Besitzesübertragung verpfändeten Sache und nur die Früchte allein als stillschweigend mit verpfändet gelten.[3]) So wird die Aus-

[3]) L. 3. C. in quib. caus. pign. tac. — Quamvis fructus pignori datorum prædiorum, etsi id apperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione inesse, prædia tamen, quæ emuntur ex fructuum pretio, ad eandem causam venire, nulli prudentium placuit. — Papinian erwähnt Fr. 1. § 2. De P. et H. auch noch eine ausdrückliche Verpfändung. Aber

schliessung derselben zu einem Beweise, dass Paulus nur an die Verpfändung ohne Besitzesübertragung dachte.

Das Resultat ist folgendes: In denselben Fällen, in welchen der Pfandgläubiger als bonæ fidei possessor die Früchte der ihm pfandweise übergebenen Sache zu vollem Eigenthum erwirbt, in denselben erhält er an dem Kinde der Sklavinn dasselbe Pfandrecht, welches ihm an der Mutter zusteht.[4])

5. Wir heben schliesslich noch zwei Punkte hervor. Für die Früchte sowohl als für die Kinder der Sklavinnen gilt es völlig gleich, ob der Pfandbesitz freiwillig übertragen oder durch die Pfandklage abgefordert wurde. Der Besitz selbst ändert dadurch seine Natur nicht im mindesten. Ein ausdrückliches Zeugniss für diese Gleichstellung giebt es nicht, wenn man nicht den Schluss von Fr. 33. § 4 De usurp. et usucap. (XLI. 3.) als solches gelten lassen will.[1]) — Zweitens entsteht die Frage, wie lange die bonæ fidei possessio des Pfandgläubigers und der mit ihr verbundene Anspruch auf die Früchte dauert? Wenn nämlich dem Gläubiger der Schuldbetrag richtig ausgezahlt oder von ihm verweigert und desshalb deponirt wurde, so könnte man denken, die bona fides

---

diess ist kein Gegenbeweis, es geschieht auch sonst. Fr. 7. pr. In quib. caus. verglichen mit Fr. 63. § 8. De furt. (XLVII. 2.)

4) Dasselbe gilt auch bei der Uebergabe des Besitzes als precarium. Fr. 10. De prec. (XLIII. 26.) Quamvis ancillam quis precario rogaverit, id actum videtur, ut etiam quod ex ancilla natum esset, in eadem causa haberetur. Die Früchte dagegen fallen in das Eigenthum des Precaristen. Isidor orig. V. 25. Precarium est, dum prece creditor rogatus permittit debitorem in possessionem fundi sibi obligati demorari *et ex eo fructus capere*. Diese Stelle ist offenbar aus einer alten Quelle, sonst wäre nicht der fundus allein erwähnt. Fr. 4. pr. De prec. (XLIII. 26.) Das fructus capere ist nur eine Folge der precaria possessio, nicht eine besondere Bitte. Ueber den Augenblick des Fruchterwerbs sagt Isidor Nichts. Er ist verschieden, je nachdem das precarium, wie bei der fiducia Besitz, oder wie bei dem pignus, blosse Detention überträgt, dort Separation, hier wie bei dem Pächter Perception.

1) Plane si creditor nuda conventione hypothecam contraxerit, usucapere debitor perseverabit. D. h. der blosse Pfandvertrag unterbricht die Usucapion nicht, aber, so schliessen wir, wenn zu dem Vertrag die Uebertragung des Besitzes freiwillig oder durch richterliche Vermittlung hinzutritt, so ist der Besitz allerdings unterbrochen.

habe ihr Ende erreicht. Allein es ist wohl auch bei dem Pfandbesitz Regel, dass die mala fides superveniens nicht schadet. Der Gläubiger erwirbt also die Früchte nach wie vor. Diess wird durch L. 11. C. de usur. (IV. 32.) ausdrücklich bestätigt.

6. Der Pfandgläubiger braucht die Früchte des ihm verpfändeten Grundstücks nicht selbst zu ziehen; er kann seinen Pfandbesitz auch pachtweise durch einen Andern verwalten lassen.[1]) Ja es geschieht wohl, dass er gerade den Verpfänder hiezu ausersieht.[2]) Dieser verwaltet dann an seiner eigenen Sache fremden Besitz,[3]) ja, wenn er selbst nur bonæ fidei possessor war, so vereinigt er nun in seiner Person die Fiction der Fortdauer des eigenen Usucapionsbesitzes mit der Vertretung der fremden bonæ fidei possessio,[4]) eine Verbindung, wie sie in keinem zweiten Falle sich findet. — Neben,[5]) zuweilen sogar in Verbindung[6]) mit dem Pacht, kommt das precarium vor, welches hier, zum Unterschied von der fiducia,[7]) ein precarium possessionis[8]) ist, immer nur mit dem Schuldner selbst, nie mit einem Dritten eingegangen wird,[9]) und, abge-

[1]) Fr. 23. pr. De P. et H. Creditor prædia sibi obligata ex causa pignoris locare recte poterit.

[2]) Fr. 35. § 1. De pign. act. Pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem; potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti.

[3]) Fr. 37. De acq. vel am. poss. (XLI. 2.) Marcianus ad form. hyp. Re pignoris nomine data et possessione tradita deinde a creditore conducta, convenit ut is qui hypothecam dedit, pro colono in agro, in ædibus autem pro inquilino sit, et per eos creditor possidere videatur. Marcian erklärt hier den Inhalt der possessionis conductio.

[4]) Fr. 36. De acq. vel am. poss. (XLI. 2.) Vgl. Fr. 29. De pign. act.

[5]) Fr. 22. § 3. Fr. 35. § 1. De pign. act. Fr. 15. § 2. Qui sat. cog. (II. 8.) Fr. 6. § 4. Fr. 11. De prec. (XLIII. 26.) Fr. 16. De O. et A. (XLIV. 7.)

[6]) Fr. 33. § 6. De usurp. et usuc. (XLI. 3.) Fr. 10. § 1. De acq. vel am. poss. (XLI. 2.) Der Gläubiger hat in diesem Falle neben der actio ex conducto auch noch das interdictum de precario.

[7]) Gaius II. 60. Isidorus orig. V. 25. Interpretatio Paulus R. S. V. 6. § 7. Die Stelle Isidors kann auf fiducia und pignus zugleich gehen. Sie erwähnt nur den fundus, während später hin auch die beweglichen Sachen Gegenstände des precarium sein konnten. Fr. 4 pr. De prec. (XLIII. 26.)

[8]) Fr. 6. § 4. De prec. (XLIII. 26.)

[9]) Diese Beschränkung hat ihren Grund nicht in der Natur des precarium, sondern in der des Pfandvertrags, welcher dem Gläubiger jede Liberalität ex re aliena unmöglich macht.

sehen von besondern Verabredungen,[10]) nichts weiter als die Detention, nie den wahren Besitz, auf den Verpfänder überträgt.[11]) Es lässt sich denken, dass die Tradition des Pfandbesitzes und die Rückgabe der Detention in zwei der Zeit nach gesonderte selbstständige Handlungen auseinander fallen; möglich aber ist es auch, beide in einem Akt zu verbinden. Statt den Besitz zu übertragen, um ihn alsobald wieder zurück zu erhalten, erklärt der Verpfänder, dass er fortan nicht für sich besitzen, sondern den Besitz seines Gläubigers als Precarist oder Pächter, vielleicht auch in der doppelten Qualität beider verwalten wolle. Dann ist es so gut als wäre wirklich tradirt und dem Tradenten zur Detention zurückgegeben worworden.[12]) Es lässt sich nicht bezweifeln, dass diese Abkürzung in dem Geschäftsleben die Regel bildete, und doch war offenbar ein nicht unbedeutender Uebelstand mit ihr verbunden. Das constitutum possessorium näherte sich seiner äussern Gestalt nach dem blossen Pfandvertrag ohne Besitzesübertragung so sehr, dass es manchmal zweifelhaft sein mochte, ob der Schuldner in seinem eigenen Namen besitze oder des Gläubigers Pfandbesitz verwalte. Da es sich hier stets um die Beantwortung einer reinen Thatfrage, nämlich des quid actum est, handelt, so kann von der Aufstellung allgemeiner Entscheidungsnormen nicht die Rede sein. Nur das mag hervorgehoben werden, dass nie zu Gunsten des constitutum präsumirt werden darf, nicht einmal nach dem Eintritt des Zahlungstermins; denn es ist nicht genug, dass nun dem Schuldner der Besitz abgefordert werden kann; so lange die Pfandklage nicht wirklich durchgeführt, der Besitz nicht wirklich

---

10) Fr. 10. § 2. De acq. vel am. poss. (XLI. 2.) Hier ist die conductio eben darum mit dem precarium unvereinbar, weil der Uebergang des Besitzes verabredet war.

11) Fr. 33. § 6. D. c. — et precarii rogatio non in hoc interponitur, ut debitor possessionem habeat, sed ut ei tenere rem liceat. Fr. 6. § 2. De prec. (XLIII. 26.) Vgl. Fr. 22. D. eod.

12) Fr. 33. § 6. D. c. — conductio idem præstat, quasi apud creditorem res esset; possidet enim hoc casu creditor. Vgl. Fr. 15. § 2. Qui satisd. cog. (II. 8.)

übertragen ist, so lange bleibt der Verpfänder Besitzer in eigenem Namen.[13])

7. Wie die natürlichen Früchte, so werden auch die anderweitigen Nutzungen, welche aus dem Pfandgegenstand seiner Natur und seiner Bestimmung nach gezogen werden können, behandelt. Sie gehören wie jene dem Pfandbesitzer. Diess wird für städtische Grundstücke[1]) und Sklavendienste[2]) ausdrücklich anerkannt. Der Gläubiger kann die verpfändeten Häuser selbst bewohnen, die Sklaven zu seiner eigenen Bedienung verwenden, er kann aber auch beides gegen einen bestimmten Zins vermiethen. Wir haben hier sicherlich nur einzelne Beispiele vor uns. Der Grundsatz, dem sie angehören, geht viel weiter, er umfasst einerseits alle zu einem ähnlichen Ertrag geeigneten Gegenstände, andererseits jede Art des Fruchtbezugs, welcher der Natur und Bestimmung der Sache nicht zuwider läuft.[3]) Die Pfandsache kann daher weiter verpfändet werden, denn darin liegt eine Nutzung.[4]) Der blosse Gebrauch eines zu keinerlei Fruchtertrag bestimm-

---

[13]) Das Gegentheil scheint L. 2. C. de distr. pign. zu sagen: Creditor, qui hypothecæ seu pignori rem sibi nexam vendidit, litigiosam rem non videtur vendere, *quia precario debitor possidet.* Allein diess precario possidere wird schon dadurch hergestellt, dass der Gläubiger oder der Käufer als Cessionar jeden Augenblick mit der Pfandklage den Besitz zurückfordern kann; ein interdictum de precario wäre hier nie anwendbar, und desshalb ist auch der Schuldner immer noch Besitzer in eigenem Namen. Diess ergibt sich auch aus Fr. 22. pr. De prec. (XLIII. 26.) — et contra si possessorem precario rogaverit is, qui rem avocare ei posset, teneri eum precario, quoniam aliquid ad eum per hanc precarii rogationem pervenit, id est, possessio, quæ aliena sit. Die blosse Möglichkeit der avocatio possessionis macht also den Besitzer noch nicht zum Precarist. Auch kann Paulus R. S. V. 6. § 11. hiegegen nicht in Betracht kommen. Denn es ist zum mindesten sehr zweifelhaft, ob das, was hier von dem Eigenthümer gesagt wird, auch von dem Pfandgläubiger gelten soll.

[1]) Fr. 11. § 1. De P. et H. Dass hier von einer Antichrese gesprochen wird, ändert an diesem Theil des Entscheides nichts. L. 2. C. de pign. act.

[2]) L. 2. C. de partu pign. L. 2. C. de pign. act.

[3]) Die Prostitution der verpfändeten Sklavinn ist also untersagt und hat die Befreiung vom Pfande zur Folge. Fr. 24. § 3. De pign. act.

[4]) Fr. 49. De usur. (XXII. 1.) Fr. 121. De V. S. (L. 16.) fructus rei est, vel pignori dare licere.

ten Objekts ist dagegen untersagt und zieht die Strafe des Diebstahls nach sich.[5])

8. Der ganze Ertrag des Fruchtbezugs geht zunächst in das Vermögen des Pfandbesitzers über. Darin steht der Gläubiger dem putativen Eigenthümer völlig gleich. Aber er soll diese Früchte nicht lucriren; denn alles, was occasione pignoris dem Gläubiger zufällt, liegt den Ansprüchen des Eigenthümers näher, als denen des Gläubigers.[1]) Und hierin unterscheiden sich Eigenthums- und Pfandbesitzer sehr wesentlich. Jener lucrirt alle consumirten Früchte und wird zu der Herausgabe der noch vorhandenen nur mit der Hauptsache genöthigt; dieser dagegen muss den ganzen Betrag des Fruchtbezugs auf seine Forderung abrechnen, ohne Zweifel nach denselben Regeln, welche wir späterhin für die Vertheilung des Kaufpreises angenommen finden,[2]) und den Ueberschuss an den Verpfänder, selbst an den malæ fidei possessor[3]) ausliefern.[4]) Eine Abweichung von diesem Grundsatze tritt bei unverzinslichen Schulden jeder Art ein. Der Gläubiger soll hier einen Theil der von ihm gezogenen Früchte lucriren, nämlich bis zu dem Betrag der gesetzlichen Zinsenhöhe.[5]) Das Uebrige kommt wieder dem Schuldner zu gut, nämlich in der Weise, dass zunächst die Forderung um den ganzen Betrag vermindert,

---

[5]) Fr. 56. pr. De furt. (XLVII. 2.) Si pignore creditor utatur, furti tenetur. Solche Gegenstände, die keinerlei Ertrag abwerfen, sind also, wie Papinian sich ausdrückt, reposita propter contractus fidem ac restituendæ rei vinculum. Fr. 9. § 2. De supell. leg. (XXXIV. 1.) Vgl. Fr. 12 § 34. De instr. (XXXIII. 7.) Zu ihrer Aufbewahrung dienen eigens dazu bestimmte Magazine. L. 9. C. de pign. act. (IV. 24.)

[1]) Fr. 12. § 1. De distr. pign.

[2]) S. unten den Abschnitt über die mit der Ausübung der Verkaufsbefugniss verbundenen Rechtsverhältnisse §§ 17—20. Vgl. Lex rom. burgund. t. XV. operas (mancipiorum) in usuras specialiter imputandas sub eodem Hermogeniani tit. lege comprehensum est.

[3]) Fr. 22. § 2. De pign. act.

[4]) L. 1. 2. 3. C. de pign. act.

[5]) Fr. 8. In quib. caus. pign. Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratæ ad modum legitimum usuras retinere. Eine tacita antichresis ist diess nicht, denn es gehört zu dem Begriff der Antichrese, dass Zins und Fruchtertrag gegen einander aufgehoben werden.

der etwaige Ueberschuss aber zurückgegeben wird. — Die Befriedigung aus dem Ertrag der Früchte erscheint in unsern Rechtsquellen als Satisfaction,[6]) die Pfandsache daher als ipso iure liberirt.[7])

Durch besondere Verabredung der Partheien kann der Fruchtertrag auch eine andere Bestimmung erhalten. Die römischen Juristen erwähnen hauptsächlich zwei solcher Verkommnisse. Nach dem einen soll der Gläubiger die ganze Nutzung an Zinsen Statt behalten, Antichresis; das andere dagegen berechtigt den Gläubiger, aus dem Fruchtertrag höhere Prozente zurück zu behalten, wenn die niederern, anfänglich festgesetzten nicht auf den bestimmten Tag ausgezahlt worden sind. In dem ersten Falle verbleibt Pfandbesitz und Fruchtgenuss dem Gläubiger so lange, bis das Kapital noch durch besondere Zahlung gänzlich abgetragen ist, theilweise Tilgung hat keine entsprechende Reduction[8]) der eingeräumten Rechte zur Folge. Das zweite Verkommniss dagegen lässt dem Schuldner immer noch die Hoffnung, trotz der höhern Procente die Pfandsache doch noch mit der Zeit durch ihren eigenen Fruchtertrag von dem Pfandrecht des Gläubigers befreit zu sehen.[9])

Den wirklich gezogenen Früchten werden diejenigen, deren

---

6) L. 9. C. de P. et H.

7) L. 1. C. de distr. pign.

8) Fr. 11. § 1. De P. et H. Diese Stelle ist geschrieben im Gegensatz zu der Abrechnung der Früchte auf das Capital, welche sonst die Solution überflüssig macht. Dadurch erhält sie ihren prägnantesten Sinn. In derselben Weise ist Fr. 33. De pign. act. zu verstehen. Auf solverit liegt der Nachdruck, Satisfaction durch Fruchtgenuss ist hier ausgeschlossen. — L. 17. C. de usur. (IV. 32.) Vgl. L. 14. C. eod.

9) Fr. 1. § 3. De P. et H. Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis, fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimæ usuræ. Quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit, quum ad diem minore fœnore non soluto, legitimæ maiores usuræ stipulanti recte promitti potuerunt. Vgl. dazu Fr. 9. § 1. De usur. (XXII. 1.) aus demselben XI. Buch von Papinians Responsen. Cuiacius opp. t. IV. p. 1289. — Nicht in diesen Zusammenhang gehört die Convention des Fr. 39. De pign. act.: ut creditor pignus suum in compensationem pecuniæ suæ certo tempore possideret; denn hier sollen die Früchte allerdings als Satisfaction dienen, jedoch so, dass es nur auf die Zeit des Besitzes, nicht auf die Quantität der gezogenen Früchte ankommt.

Bezug möglich war, aber absichtlich oder aus Nachlässigkeit unterlassen wurde, den perceptis die percipiendi gleich gestellt.[10]) Auch darin liegt ein Unterschied zwischen dem putativen Eigenthümer und dem Gläubiger, und auch diessmal ist es wieder nicht die Natur des Besitzes, sondern der zu Grunde liegende Pfandcontract, welcher die Abweichung herbeiführt. Der Gläubiger wird für dolus und culpa verantwortlich gemacht, in welcher Richtung diese auch immer hervortreten mögen, gleichviel ob in der Beschädigung des Pfandobjekts, ob in Vernachlässigung der Bebauung oder ähnlicher Nutzungsarten.[11])

9. Der Pfandgläubiger erwirbt die Früchte der Pfandsache als bonæ fidei possessor. Sein Erwerb ist also auf die Zeit des wirklichen Besitzes beschränkt. Hieraus folgt, dass die besondere Verpfändung der Früchte selbst neben dem Eigenthumserwerb des Pfandbesitzers nicht ohne Interesse ist. Freilich wird Niemand daran denken, die Wichtigkeit dieser Fruchtverpfändung auf die von dem Besitzer zum Eigenthum erworbenen Früchte zu beziehen; denn hieran hat der Gläubiger sogar mehr als Pfandrecht, er hat volles Eigenthum und zwar ein zuerst bei ihm entstandenes, welches das Pfandrecht geradezu ausschliesst;[1]) aber es giebt noch andere, welche nicht in das Eigenthum des Gläubigers fallen, und für diese ist jene besondere Fruchtverpfändung von der höchsten Bedeutung. Dahin gehören sämmtliche vor der Besitzesübertragung von dem Schuldner oder seinem Erben erworbene Erzeugnisse, Früchte sowohl als Sklavinnenkinder. Kein Wunder daher, dass man mit der Verpfändung der Hauptsache sehr oft auch die Verpfändung der Erzeugnisse, fructus, partus und fetus, verband. Ja diess geschah so häufig, dass wenigstens in einem Falle die Pfandberedung sogar stillschweigend ergänzt wurde. Es wird uns ausdrücklich bezeugt, dass mit dem

[10]) L. 3. C. de pign. act. L. 2. C. de partu pign.

[11]) Fr. 25. De pign. act. — negligere creditorem dolus et culpa, quam præstat; non patitur — Anwendung in Fr. 15. D. eod.

[1]) Oben II. 11.

Grundstück auch dessen Früchte als versetzt gelten.[2]) Für die beiden andern Arten von Erzeugnissen nahm man die stillschweigende Verpfändung nicht an. Sowohl die Jungen der Thiere als die Kinder der Sklavinnen müssen besonders obligirt werden.[3]) In Betreff der jungen Thiere ist nirgends eine Veranlassung zum Zweifel. Die Kinder der Sklavinnen dagegen scheinen an einigen Stellen als stillschweigend versetzt angesehen zu werden.[4]) Allein das ist in der That blosser Schein. Es zeigt sich nämlich, dass nicht sowohl stillschweigend als vielmehr ausdrücklich, aber in Ausdrücken, die ein ganzes genus umfassen, verpfändet wurde, und so sind die Kinder nicht kraft ihrer Abstammung von verpfändeten Müttern, sondern principaliter kraft eines auch sie umfassenden Pfandvertrags verhaftet. — L. 1 C. de partu pign. ist schon oben erklärt.[5]) Sie bezieht sich auf die während des Pfandbesitzes der Mutter beim Gläubiger geborenen Kinder. Diese fallen allerdings in denselben Nexus, in welchem die Mutter steht. Fr. 18. § 2 De pign. act. endlich setzt eine ausdrückliche Verpfändung der zukünftigen Geburt voraus und behauptet für diesen Fall die Unerheblichkeit der Veräusserung der Mutter. Auch davon ist oben schon die Rede gewesen.[6])

10. Sind die Erzeugnisse in Folge ausdrücklicher Bestimmung oder stillschweigender Annahme besonders verpfändet, so können sie durch eine besondere Pfandklage getrennt von der Hauptsache verfolgt werden. Dazu ist jedoch erforderlich, dass das Pfandrecht, wie es in der Verabredung vorliegt, so auch wirklich zur Entstehung kam: mit andern Worten, es wird erfordert, dass die zum Pfand bestimmten Erzeugnisse nicht sofort bei ihrer Separation in das Eigenthum eines bonæ fidei emtor fielen.[1]) Allein selbst da, wo diese

---

[2]) L. 3. C. in quib. caus. pign.
[3]) Paulus R. S. II. 5. § 2.
[4]) Fr. 26. Fr. 29. § 1. De P. et H.
[5]) V. 4.
[6]) II. 11.
[1]) Oben II. 11.

Bedingung nicht in Erfüllung geht, kann unter Umständen auf andere Weise geholfen werden, nämlich durch die Pfandklage gegen die Hauptsache. Die hypothecarische Vindication umfasst nämlich wie jede andere Vindication mit der Hauptsache auch noch die omnis causa und dazu gehören nicht nur die sämmtlichen seit der Litiscontestation gezogenen oder consumirten, sondern aus der frühern Zeit auch die noch vorhandenen Früchte. Sie alle wird das arbitrium des Richters umfassen, sobald es nur die Höhe der versicherten Forderung so erheischt. Das bezeugt Marcian ausdrücklich.

Fr. 16. § 4 De P. et H.

Interdum etiam de fructibus arbitrari debet index, ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim si minoris sit prædium quam debetur? Nam de antecedentibus fructibus nil potest pronuntiare, nisi exstent et res non sufficit.

Es scheint auf den ersten Anblick nicht zu rechtfertigen, warum Marcian in der Person des Beklagten eine bonæ fidei possessio voraussetzt und demgemäss die Restitutionspflicht nur auf die fructus exstantes bezieht. Nach unserer Darstellung kann jedoch der Grund nicht zweifelhaft sein. Nur der bonæ fidei possessor erwirbt die während der Zeit seines Besitzes separirten Früchte zu vollem Eigenthum. Dem malæ fidei possessor können sie daher stets nicht nur als Zubehör der Hauptsache, sondern auch als selbstständige Pfandgegenstände abgefordert werden.

11. Uebersehen wir nunmehr den ganzen Inhalt des vorliegenden Abschnitts, so zeigt sich, dass die Erzeugnisse verpfändeter Gegenstände in dreifacher Beziehung rechtlich zur Sprache kommen: zuerst sofern sie in das Eigenthum des Pfandbesitzers fallen, zweitens als Objekte eines selbstständigen gesonderten Pfandvertrags, endlich als Zubehör der Hauptsache, als causa rei der hypothecarischen Vindication. Jede dieser drei Beziehungen hat ihre besondern Regeln, aber die Gesammtheit derselben verbindet sich zu einem in sich zusam-

menhängenden völlig consequenten System, dessen Grundzüge folgende sind:

Der besitzende Pfandgläubiger erwirbt das volle Eigenthum der während seines Besitzes separirten Erzeugnisse mit Ausnahme der Sklavinnenkinder, welche statt in das Eigenthum nur in den Pfandnexus fallen. Die vor der Uebertragung des Pfandbesitzes von dem Schuldner gezogenen Erzeugnisse müssen besonders verpfändet werden, mit Ausnahme der Früchte eines Grundstücks, deren Verpfändung stillschweigend ergänzt wird. Zu der Wirksamkeit dieser Verpfändung ist jedoch bei den Früchten der Grundstücke und bei den Jungen der Thiere erforderlich, dass sie bei ihrer Separation nicht etwa zuerst in das Eigenthum eines bonæ fidei possessor fallen, denn einem solchen können sie nicht anders als mit der Hauptsache zugleich als causa rei abgefordert werden. Für die Kinder der Sklavinnen gilt keine ähnliche Bestimmung, denn diese fallen stets trotz der bona fides des Besitzers dem Eigenthümer der Mutter zu.

In den bisherigen Darstellungen unseres Gegenstandes herrscht die grösste Verwirrung. Man hat die verschiedenen rechtlichen Beziehungen, in welchen die Erzeugnisse der Pfandsache auftreten, niemals gehörig auseinander gehalten. Erwerb der Früchte zum Eigenthum, selbstständige Verpfändung und causa vindicationis werden völlig miteinander verwechselt. Daher die unentwirrbaren Widersprüche der Quellen, über welche man klagt, daher die gezwungenen Vereinigungsversuche, von welchen sich nach Sintenis[1]) selbst Puchta[2]) nicht frei zu halten vermochte.

---

[1]) Pfandrecht § 50.

[2]) Pandecten § 203. ff.

VI.

Geschichte des Pfandverkaufs.

---

1. Nicht lange vor Ulpians Blüthezeit wurde die Verkaufsberedung gebräuchlich. Der Gläubiger war bisher auf den langsamen lästigen Weg des Fruchtgenusses verwiesen. Er musste sich mit dem Ertrag der Sache begnügen, und sah in der Regel nur einer ganz allmäligen Satisfaction entgegen; die Substanz der Sache, das Eigenthum, durfte er nicht angreifen. Jetzt fieng man an es sich bequemer zu machen. Man verabredete die Verkaufsbefugniss, man liess sich das Recht einräumen, nicht nur den Ertrag, sondern auch das Eigenthum selbst zu seiner Befriedigung verwenden zu dürfen. Warum erst so spät? Hatte man früherhin an diese bequemere Befriedigungsart nicht gedacht? Hatte man sie aus Milde gegen den Schuldner verschmäht? Beides ist gleich unwahrscheinlich. Die tiefern Gründe solcher Fortbildungen entziehen sich in der Regel aller Beobachtung. Hier aber dürften Schwierigkeiten rechtlicher Natur die Schuld der Verzögerung tragen. Die Veräusserung und Uebertragung fremden Eigenthums kraft Privatübereinkunft war so sehr anomal, dass ihre Anerkennung nur erst in einer Zeit entschieden werden konnte, welche den Forderungen des Lebens über die Consequenzen der Rechtstheorie allenthalben den Sieg einräumte.

Das Recht des Fruchtgenusses wurde übrigens dem Gläubiger nicht geschmälert; er konnte sich auch jetzt noch daran halten. Aber es trat so sehr in den Hintergrund, dass auch die Unmöglichkeit, einen Käufer zu finden, nicht genügte, dasselbe wieder zu Ehren zu ziehen. Der Gläubiger sollte auch in einem solchen Fall nicht an die Früchte verwiesen sein, er sollte vielmehr wiederum die Substanz der Sache zu seiner Verfügung haben; man half durch Uebertragung des Eigenthums. —

Nach dieser Auffassung liegt in der Ausbildung der Verkaufsbefugniss eine Annäherung von pignus und fiducia; von Besitzes- und Eigenthums-Versatz. Man kann sagen, mit der Verpfändung des Besitzes habe sich der Gehalt der Eigenthumsverpfändung verbunden. Der Gläubiger kann sich ja nun an die Substanz der Sache halten und durch ihre Veräusserung gerade so zur Befriedigung gelangen, als wäre er Eigenthümer durch Fiducirung. Nehmen wir dazu, dass ihm auch eine abgeleitete Eigenthumsklage zusteht, so dürfen wir geradezu behaupten, dass der ganze Inhalt der fiducia auf das pignus übergegangen ist. Das Besitzespfand erscheint jetzt selbst als Eigenthumspfand, und zwar in einer Gestalt, welche dem Zwecke der Realcaution mehr entspricht, als die alte fiducia, wie wir bereits an einem frühern Orte hervorzuheben Gelegenheit hatten. Der Endpunkt dieser Entwicklung liegt in der Umbildung der fiducia selbst. Sie wird auf das Maas des pignus, des Eigenthumspfandes ohne Eigenthumswechsel, zurückgeführt. Davon soll unten noch besonders die Rede sein.

In der Geschichte des Pfandverkaufs unterscheiden wir zwei Perioden: Anfänglich war ein ausdrücklicher Verkaufsvertrag unerlässlich. Späterhin verstand sich dessen Abschluss von selbst. Nach einem Entwicklungsgang, für welchen gerade das Pfandrecht mehrere Analogien darbietet, liess man schon die Gewohnheit des Abschlusses als Beweis desselben gelten. Wir werden in den folgenden Abschnitten zuerst die Zeugnisse über den ausdrücklichen Vertragsabschluss sammeln und erläutern, alsdann die stillschweigende Ergänzung in ihren Folgen betrachten.

2. Das pactum de vendendo wurde ohne Zweifel der Verpfändungsurkunde selbst einverleibt, erschien also äusserlich als ein untergeordneter Theil derselben; rechtlich jedoch war es ein völlig gesondertes Verkommniss, und trat dem pactum de pignore selbstständig zur Seite. So stehen nun zwei Verträge neben einander: der eine räumt das Pfandrecht ein und begründet die Pfandklage, der andere ertheilt die Verkaufsbefugniss und eröffnet durch diese die Möglichkeit der Befriedigung auch ohne Fruchtbezug.

Diess pactum de vendendo wird in unsern Quellen häufig erwähnt. Die Hauptstellen sollen hier genauer betrachtet werden.

Gaius II. § 62.

Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandæ rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, alienare possit.

Die Fälle dieser letztern Art werden im § 64. folgendermaasen aufgezählt:

Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum; item procurator id, — — est; *item creditor pignus ex pactione*,[1]) *quamvis eius ea res non sit. Sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.*

Der Pfandgläubiger verkauft eine fremde Sache. Gaius unternimmt es, diese Anomalie rechtlich zu erklären. Wie weit er seine Aufgabe löst, das wird später zu untersuchen sein. Hier heben wir nur das Factum selbst hervor, auf welches er seine Deduction stützt. *Der Gläubiger wird durch ein besonderes pactum zum Pfandverkauf ermächtigt.* Darüber kann kein Zweifel sein. Eine besondere Erklärung verlangt der Ausdruck *olim*. Sie wird uns von den Compilatoren geliefert. Diese haben die Umschreibung: *ab initio contractus* vorgezogen. Sie ist auch entschieden richtig.[2]) Es ist ja möglich, dass die Einwilli-

[1]) Sc. alienare potest. Gaius spricht von der pactio de vendendo, nicht von der pactio pignoraticia, wie der Schluss der Stelle deutlich zeigt.

[2]) § 1. I. Quib. alien. licet. (II. 8.) Vgl. Theophilus ad h. §. In dem Nexum (S. 76. n. 91.) ist irrthümlich das Gegentheil behauptet.

gung des Schuldners zum Verkauf des Gläubigers zur Zeit der Pfandbestellung gegeben worden war, später aber nach eingetretenem Zahlungstermin widerrufen wird. Für einen solchen Fall wäre die voluntas debitoris, auf welche Gaius seine Erklärung stützt, nicht vorhanden, auf einen solchen ist das Wort olim berechnet; die anfängliche Einwilligung genügt, der spätere Widerspruch kommt nicht in Betracht. Diese Erklärung allein ist mit dem übrigen Inhalt unserer Stelle vereinbar. Gaius behandelt die Verkaufsberedung keineswegs als eine Antiquität; er entnimmt das Factum, auf welches sich seine Erklärung stützt, nicht einem vergangenen Rechtszustand, sondern dem seiner Tage. Dafür bürgt die Darstellung in der gegenwärtigen Zeit: alienari potest, voluntate debitoris intelligitur pignus alienari. — Endlich wird auch von andern Juristen die völlige Unerheblichkeit einer nachträglichen Willensänderung hervorgehoben.

Scævola libro singulari quæstionum publice tractatarum.

In Fr. 14. § 5. De div. temp. præscr. (XLIV. 3.)

Item si mihi pignori dederis, et convenerit, nisi pecuniam solvisses, licere ex pacto pignus vendere, idque vendiderim, emtori accessio tui temporis dari debebit, *licet invito te pignora distracta sint; iam enim illo in tempore, quo contrahebas, videris concessisse venditionem, si pecuniam non intulisses.*

Diese Stelle bezieht sich auf das von einem bonæ fidei possessor bestellte Pfand, also auf die serviana mit publicianischem Recht. Auch zu ihr kann die Verkaufsberedung hinzutreten. Die Ausübung derselben giebt dem redlichen Käufer dasselbe Recht, welches der Verpfänder hatte, nämlich Usucapions-Besitz. Ob der Besitz des Verpfänders in die Ersitzungszeit eingerechnet werden soll? Darauf wäre leicht zu antworten, hätte der Käufer von dem Verpfänder selbst erworben. Jeder Singularsuccessor geniesst die Accession. [3])

[3]) Fr. 14. §§ 1. 2. D. t. c. Accessiones possessionum tribuuntur his, qui in locum aliorum succedunt, sive ex contractu, sive voluntate; heredibus enim et his, qui successorum loco habentur, datur accessio testatoris. Itaque si mihi vendideris servum, utar accessione tua.

Nun aber leitet er sein Recht nicht von dem bisherigen Besitzer, sondern von dem Pfandgläubiger ab, und dieser hat gegen die ausdrückliche Einsprache des Erstern veräussert. Hierin liegt der Grund des Zweifels. Scävola entfernt ihn durch Hinweisung auf eine anfängliche Einwilligung des Verpfänders wie sie die Verkaufsberedung enthält und gegen welche eine spätere Willensänderung nicht in Betracht zu ziehen sei. — Keinen grösseren Einfluss hat die Einsprache des verpfändenden *Eigenthümers*. Sie macht den Käufer nicht zum malæ fidei possessor,[4]) noch die Sache zu einer res litigiosa.[5])

3. Ueber die Abfassung des pactum de vendendo giebt Pomponius libro XXXV ad Sabinum in Fr. 8. § 4 De pignor. act. folgende Anweisung:

De vendendo pignore in rem pactio concipienda est, ut omnes contineantur. Sed et si creditoris duntaxat persona fuerit comprehensa, etiam heres eius iure vendet, si nihil in contrarium actum sit.

Da das Verkaufsrecht die Folge einer ausdrücklichen Beredung ist, so kann es auch nur denjenigen Personen zustehen, welchen es ausdrücklich eingeräumt wurde. Hier sind nun verschiedene Abstufungen möglich. Die Berechtigung des Gläubigers geht auf die Universalsuccessoren über, doch können einerseits diese besonders ausgenommen, so wie andererseits die Singularsuccessoren in gleicher Weise begünstigt werden. Auch das Pfandrecht kennt nämlich eine Singularsuccession. Der nachstehende Pfandgläubiger rückt unter Umständen in die leer gewordene Stelle des mit seinem Gelde abgefundenen frühern ein. Diese successio in locum prioris kann erst später darge-

---

4) L. 2. C. Debitorem venditionem pignoris impedire non posse. (VIII. 29.) — — distractio rei obligatæ non potest impediri, neque ea ratione emtor, tametsi sciat interpositam a debitore creditori denuntiationem, malæ fidei fit possessor.

5) Ff. 1. pr. De litigiosis. (XLIV. 6.) L. 1. C. de litigiosis. (VIII. 37.) Vgl. L. 2. C. de distractione pignorum. (VIII. 28.)

stellt werden.[1]) Hier ist nur eine einzelne Seite des Gegenstandes zu berühren: Wird auch in das pactum de vendendo succedirt? Bedeutung hat diese Frage nur für den Pfandgläubiger, welcher das Verkaufsrecht nicht aus seinem eigenen Vertrage ableitet. Von einem solchen spricht Paulus libro III. quæstionum in Fr. 3 Quæ res pignori.

Aristo Neratio Prisco scripsit: Etiam si ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in ius pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata. Neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore; quo casu emtoris causa melior efficitur. *Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit, non per oblivionem, sed quum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus, an dici possit, hucusque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus ei liceat? Quod admittendum existimo; sæpe enim, quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest.*[2])

Diese Entscheidung gewinnt dadurch besonderes Gewicht, dass unter ihren Voraussetzungen die *absichtliche* Auslassung der Verkaufsberedung hervorgehoben wird. Was hiefür gilt, muss um so mehr bei blossem Vergess maasgebend sein. Sollte nun auch Angesichts einer entgegenstehenden Uebereinkunft die Succession in das Verkaufsrecht des abgefundenen Gläubigers durchgeführt werden? Paulus trägt kein Bedenken, diess zu bejahen. Er gestattet dem successor das Verkaufsrecht trotz persönlicher Entsagung und nimmt in seinem Entscheidungsgrund auf diese letztere gar keine Rücksicht.

So findet die Uebertragung des vertragsmässigen Pfandverkaufs auf den nachrückenden Gläubiger unter allen Umständen

---

[1]) Unten in dem Abschnitt über das Rechtsverhältniss des nachstehenden Pfandgläubigers. § 11.

[2]) Beispiele hiezu enthalten folgende Stellen: Fr. 55. De acquir. hered. (XXIX. 2.) Fr. 74. De conditionib. et demonstr. (XXXV. 1.) Fr. 10. pr. Quemadmod. servit. amitt. (VIII. 6.) Vgl. Cuiacius in libr. III. quæst. Pauli ad Fr. 3. c. (opp. t. V. p. 952.)

statt, sobald nur der Verkaufsvertrag selbst in rem, d. h. ohne Beschränkung auf bestimmte Berechtigte, abgefasst ist. Diess Resultat verdient besondere Beachtung. Der in ihm enthaltene Rechtssatz verbirgt eine Anomalie, welche nicht unbemerkt gelassen werden darf. Das pactum de vendendo kommt hier einem Dritten zu gut, der bei dessen Abschluss nicht mitwirkte.[3]) Es unterscheidet sich dadurch sehr wesentlich von dem pactum de pignore, welches der successor in seiner Person wiederholen muss.[4])

4. Aus der Interpretation des pactum de vendendo floss die Theorie des Pfandverkaufs. Für die Lehre von der Person des Berechtigten bedarf diese Behauptung keines weitern Beweises; sie ist aber auch für die übrigen Bestimmungen nicht zu bezweifeln. Wir legen die von Gaius überlieferte Formel: UT LICERET CREDITORI PIGNUS VENDERE, SI PECUNIA NON SOLVATUR,[1]) zu Grunde. Aus ihr erklärt sich zunächst der Satz, dass der Gläubiger niemals zum Verkauf gezwungen,[2]) dass er aber nicht selbst kaufen, noch durch einen Zwischenhändler für sich kaufen lassen kann;[3])

---

[3]) Die Regel wird von Scævola libro singulari ὁρῶν in Fr. 73. § 4. de R. I. so ausgesprochen: Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest. Ueber diese und ähnliche Stellen s. Mühlenbruch, Cession. 3. Ausgabe. S. 41—43.

[4]) Fr. 3. Quæ res pignori, im Anfang.

[1]) Gaius II. § 64. Vgl. § 1. I. quib. alien. lic. (II. 8.) Theophilus ad h. § ἐνεχυρίασά σοι τὸν ἐμὸν ἀγρὸν, συμφωνήσας ὥστε σοι ἐξεῖναι ἐνιαυτοῦ παραδραμόντος κἂμοῦ μὴ καταβαλόντος τὸ χρέος, πιπράσκειν τὸ ἐνέχυρον. — Fr. 6. pr. De pignor. act. Quamvis convenerit, ut fundum pignoraticium tibi vendere liceret. — Fr. 63. De fideiuss. et mandator. (XLVI. 1.) Inter creditricem et debitorem pactum intercesserat, ut, si centum, quæ mutua dederit, ubi primum petita fuissent non solverentur, ornamenta pignori data intra certum tempus liceret ei vendere — L. 4. C. de pign. act. (IV. 24.) Imp. Alexander a. 222. Pactum vulgare, quod proposuistis, ut si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, prædia pignori vel hypthecæ data vendere liceret, non adimit debitori adversus creditorem pignoraticiam actionem. Vgl. Fr. 8. § 3. De pign. act. Fr. 12. De P. et H.

[2]) Fr. 6. pr. De pign. act. Fr. 15. § 5. De re iudic. (XLII. 1.) Fr. 51. § 3. De fidei. et mandat. (XLVI. 1.) Eine Ausnahme tritt in Folge des communi dividundo iudicium ein. L. 2. comm. div. (III. 37.)

[3]) L. 10. C. de distract. pign. (VIII. 28.) Diese Stelle wird unten besonders erklärt. L. 3. C. plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur. (IV. 22.)

aus ihr ferner die Möglichkeit, auch für den kleinsten Rest der Forderung das ganze Pfand zum Verkauf zu bringen,[4]) und diess ohne vorherige Geltendmachung der persönlichen Klage gegen den Hauptschuldner oder die Bürgen,[5]) und ohne Beschränkung in der Wahl unter mehreren Pfandsachen,[6]) ohne Denunciation,[7]) falls diese nicht besonders ausbedungen war.[8]) Auch die Zeit des Verkaufs war nicht sowohl durch gesetzliche Regeln als durch die Bestimmungen des Vertrags geordnet. In diesem Punkte herrschte die grösste Verschiedenheit. Bald war nur der Zeitpunkt festgesetzt, nach welchem,[9]) bald auch jener, bis zu welchem[10]) der Verkauf gestattet sein sollte. Ein Beispiel der erstern Art findet sich bei Pomponius libro XXXV ad Sabinum in Fr. 8. § 3 De pign. act. Das Prinzip der Interpretation tritt wohl nirgends schärfer hervor.

Si annua bima trima die triginta stipulatus acceperim pignus, pactusque sim, ut *nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi rem liceret*, placet, antequam omnium pensionum dies venerit, non posse me pignus vendere, quia eis verbis omnes pensiones demonstrentur. Nec verum est, sua quaque die non solutam pecuniam, antequam omnes dies venerint; sed omnibus pensionibus præteritis, etiam si una portio

---

4) Fr. 8. § 2. De pign. act.

5) Fr. 19. Qui potiores.

6) Fr. 8. De distr. pignor.

7) Diess beweisen Fr. 4. Fr. 8. § 3. De pign. act. Fr. 4. De distr. pign. Dagegen ist aus Fr. 34. D. eod. nichts abzuleiten. Vgl. über diess Recht besonders H. Donellus ad C. de distractione pignorum. Nro. 5. Donellus ist nur darin im Irrthum, dass er den gemeinen Pfandverkauf von dem vertragsmässigen nicht unterscheidet. — Glück, Erläuterung der Pandecten. B. XIX. S. 388. behauptet nach dem Vorgange Noodts ad lib. XX. D. t. 1. (opp. t. II. p. 442. verba: postquam) das Erforderniss einer dreimaligen Denunciation. Allein Paulus R. S. II. t. 5. § 1. rechtfertigt diese Ansicht nicht, und Fr. 4. De pign. act. widerspricht ihr entschieden.

8) Wie in dem Fall des Fr. 63. De fideiuss. et mandator. (XLVI. 1.) S. oben n. 1.

9) L. 4. C. de pign. act. Theoph. ad § 1. I. Quib. alien. lic. *ἐνιαυτοῦ παραδραμόντος*. — Fr. 12. De P. et H.

10) Fr. 63. De fideiuss. et mand. S. oben n. 1.

soluta non sit, pignus potest venire. Sed si ita scriptum sit: *si qua pecunia sua die soluta non erit*, statim competit ei pacti conventio.[11])

Damit ist zugleich die Frage beantwortet, welche von unsern Schriftstellern ganz allgemein, ohne Rücksicht auf die Vertragsfassung behandelt wird,[12]) nämlich ob der giltige Pfandverkauf Fälligkeit der Schuld und mora des Schuldners voraussetzt? Die Vertragsfassung, welche wir unserer Darstellung zu Grunde legen, und an der sich die Theorie überhaupt ausbildete: ut, pecunia ad diem non soluta, distrahere liceret, zeigt, dass allerdings Fälligkeit, niemals aber die besonderen Erfordernisse der mora vorausgesetzt werden. Für den Fall einer in mehrern Terminen zahlbaren Schuld findet sich nirgends eine Entscheidung, die den Mangel aller bestimmten Verabredung voraussetzt. Unseres Erachtens ist alsdann die dem Verpfänder günstigste Annahme allein gerechtfertigt. Die Termine müssen also sämmtlich verfallen sein, bevor zum Verkauf geschritten werden darf.

5. Auch in andern Stellen zeigt sich die Bedeutung der Auslegung. So in Fr. 4 De distract. pign. aus Papinians liber XI. responsorum.

Cum solvendæ pecuniæ dies pacto profertur, convenisse videtur, ne prius vendendi pignoris potestas exerceatur.[1])

Die Stundung der Forderung bezieht sich zunächst auf die persönliche Klage. Der Zeitpunkt des Pfandverkaufs dagegen richtet sich auch jetzt nach der Bestimmung des pactum de vendendo. Soll dieses seine Kraft verlieren, so muss es besonders aufgehoben sein. Papinian stellt sich nun die Frage, ob nicht die Stundung der Forderung eine solche Aufhebung

---

11) Van de Waters Coniectur (obss. II. 19.) statt pacti conventio zu lesen ex pacto venditio, welche Sintenis wohl gefällt, ist völlig unrichtig.

12) Glück, Erläuterungen. B. XIX. S. 383. Fritz, Erläuterungen zu Wening. B. I. S. 455. Sintenis, Pfandrecht. S. 506.

1) Vgl. dazu Marcian in Fr. 5. § 1. Quibus modis pignus: Si paciscatur creditor, ne intra annum pecuniam petat, intelligitur de hypotheca quoque idem pactus esse.

stillschweigend enthalte, und trägt kein Bedenken, bejahend zu entscheiden. In diesem Gedankengang tritt wiederum der Vertrag als maasgebend für die Beurtheilung des Pfandverkaufs hervor. Ob er fortbestehe, oder als aufgehoben anzusehen sei, das ist der Gegenstand des Zweifels, welchen Papinians responsum zu lösen hatte.

6. L. 4 C. de pign. act. (IV. 24) Imp. Alexander A. Hermeo et Maximillæ.

Pactum vulgare, quod proposuistis, ut, si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, prædia pignori vel hypothecæ data vendere liceret, non adimit debitori adversus creditorem pignoraticiam actionem.

Diess Rescript behandelt den Einfluss des pactum de vendendo auf die pignoraticia in personam actio. So lange der Verkaufs-Vertrag unbekannt war, konnte über die Berechtigung des Schuldners zur Anstellung jener Klage nach Tilgung der Schuld kein Zweifel obwalten. Nun aber musste die Frage entstehen, ob nicht die Einräumung der Verkaufsbefugniss eine Entsagung auf das Rückforderungsrecht von Seite des Schuldners enthalte? Hatte doch die pignoraticia in personam actio die Pfandsache selbst zum Gegenstand.[1]) Wie konnte der Schuldner, mit dessen Einwilligung sie veräussert worden war, ihre Rückgabe fordern? Lag nicht in der Einräumung der Verkaufsbefugniss geradezu ein Verzicht auf dieses Recht? Der Kaiser nimmt einen solchen nicht an. Die actio pignoraticia steht auch jetzt noch dem Schuldner zu, aber nunmehr bloss auf das superfluum, wenn nicht hierüber unter den Partheien eine andere Verabredung getroffen worden war.[2]) In Ueber-

---

[1]) Fr. 42. De pign. act. Papinianus libro III. respons. Creditor iudicio, *quod de pignore dato proponitur*, ut superfluum pretii cum usuris restituat, iure cogitur.

[2]) L. 20. C. de distr. pign. (VIII. 28.) Diocletianus et Maximianus A. A. et C. C. Sabino. Secundum placiti fidem, *si nihil specialiter convenit*, pignoribus a creditore maiore, quam ei debebatur, pretio distractis, licet ex eo fundus comparatus sit, non super hoc in rem, sed in personam, id est pignoraticia de superfluo, competit actio.

einstimmung mit dieser Auslegung des Kaufvertrags wird die pignoraticia *directa*[3]) zur Rückforderung des Ueberschusses gestattet; eine utile Anwendung der Klage ist nicht erforderlich. Das Klagfundament ist dasselbe geblieben, nur das petitum hat gewechselt.

7. Pomponius libro XXXV ad Sabinum in Fr. 8. § 5 De pign. act.

Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras et quæ in id impensa sunt.

Auch diese Stelle beschäftigt sich mit der Interpretation des Verkaufsvertrags. Wenn das Pfandrecht nicht nur für das Kapital eingeräumt, sondern auch auf Zinsen und Auslagen ausgedehnt worden ist,[1]) die Verkaufsberedung aber ganz allgemein gefasst vorliegt, so musste die Frage entstehen, auf welche der verschiedenen Forderungen das Verkaufsrecht zu beziehen sei. Pomponius erstreckt es auf alle ohne Ausnahme, und gewiss mit richtiger Würdigung des Partheiwillens. Eine entgegenstehende Verabredung ist also nicht ausgeschlossen.[2])

8. L. 10 C. de distr. pign. Diocletianus et Maximianus A. A. Rufino.

Et qui sub imagine alterius personæ, quam supposuerat, iugiter tenet, quum sibi negotium gerat, alienasse non videtur. Iure enim pignoris obligatum prædium, neque si per subiectam personam creditor comparaverit, neque si sibi addixerit, debitori affert præiudicium, sed in eadem causa per-

---

[3]) Fr. 42. De pign. act. S. n. 1. Keinen Widerspruch enthält Fr. 5. § 21. Ut in possessione legator. (XXXVI. 4.)

[1]) Diess muss ausdrücklich geschehen, es versteht sich nicht von selbst: Fr. 11. § 3. De pign. act. In Fr. 35. pr. D. eod. wird nicht undeutlich darauf hingewiesen, dass die Pfandconvention allgemein auf die *pecunia quæ debetur* lautete; und darunter war eben omne debitum, Kapital und Zins enthalten. Das Genauere unten in dem Abschnitte über die mit der Ausübung der Verkaufsbefugniss verbundenen Rechtsverhältnisse. §§ 18. 59.

[2]) Fr. 5. De pign. act. (Pomponius.) Idque iuris est, sive omnino fuerint pacti, ne veneat, sive *in summa* aut conditione aut loco contra pactionem factum sit.

manet, in qua fuit ante huiusmodi collusionem. Sane si debitore distrahente comparaverit, consensu emtionem perfectam, si neque dolus adversarii, neque metus causa gesta arguentur, revocari, exemplo grave est. Si igitur poteris evidentibus probationibus monstrare, creditorem per suppositam imaginarii emtoris personam semper possessionem tenuisse, nec vendita bona fide prædia postea sinceriter comparasse, potes oblata pecunia cum usuris ad restitutionem creditorem compellere. (a. 290.)

Die von dem Gläubiger zum Verkauf gebrachte Pfandsache kann weder von diesem selbst oder für ihn von einem andern, noch von dem Verpfänder erstanden werden. Dieser letztere wird durch die rechtliche Unmöglichkeit, seine eigene Sache zu kaufen, ausgeschlossen.[1]) Aber welches Hinderniss begründet die Unfähigkeit des Gläubigers? Hierauf antwortet L. 10. c. *Der Gläubiger würde durch eigenen Erwerb die ihm contractlich eingeräumte Befugniss überschreiten.* Sie geht auf Verkauf,[2]) also auf Alienation. Wer aber die Sache sich selbst zuspricht oder durch eine Mittelsperson selbst erwirbt, der hat nicht veräussert «alienasse non videtur.» Der Debitor behält also sein Eigenthum, dessen Verlust nur in Folge wahrer Alienation eintreten kann;[3]) ebenso der Gläubiger sein Pfandrecht, denn nur die wahre Veräusserung enthält einen Verzicht.[4]) Daher ist der Pfandschuldner

---

[1]) Fr. 22. § 3. Mandati. (XVII. 1.) Si hi, quorum res veneunt, quas pignori dederunt, — supposuerint emtores, et eis emendas res mandent, mandatum intelligitur, licet: quantum ad meram rationem, mandatum non consistat; nam quum rem tuam emas, nulla emtio est in tua persona rei tuæ. — Fr. 40. pr. § 1. De pign. act.

[2]) Liceat distrahere.

[3]) Fr. 4. De pign. act. Fr. 46. De acquir. rer. dom. (XLI. 1.) Fr. 5. § 3. De rebus eorum (XXVII. 9.) L. 1. C. si pignus pignori (VIII. 24.) verba: creditor — id, in quo pignoris vinculum non consistit, distrahens, dominio vosprivare nequivit. — L. 7. C. ad S. C. vell. (IV. 29.) verba: vendendo eum dominium mulieri auferre nequivit. — L. 6. C. de rebus alienis non alien. (IV. 51.) Nemo res ad te pertinentes, non obligatas sibi, nec ex officio potestatem habens (d. h. der Magistrat, welcher durch pignoris captio et venditio Urtheile exequirt) distrahendo quicquam tibi nocere potuit. L. 15. 18. C. de distr. pign.

[4]) Wir werden später beweisen, dass die Veräusserung der Pfandsache als

auch jetzt noch zur Einlösung berechtigt, und wird gegen Anerbietung von Kapital und Zins sowohl mit der pignoraticia in personam als mit der vindicatio[5]) zu seinem Eigenthum gelangen. Anders wenn der Gläubiger zuerst als Verkäufer, nachher selbst wieder als Käufer auftritt. Hier schützt man ihn wie jeden dritten Erwerber. So unzweifelhaft dieser Satz auch ist, so kann doch noch die Frage aufgeworfen werden, ob die Alienation, wie sie der Vertrag verlangt, schon mit dem Verkauf oder erst mit der Tradition vollendet ist? Ohne Tradition erwirbt der Käufer des Pfandes keine in rem actio,[6]) ohne sie verliert auch der Verpfänder sein Eigenthum nicht. Dieses würde also unmittelbar von dem Schuldner auf den Gläubiger übergehen. Hiezu kommt, dass in einem andern Falle die Remission des Pfandrechts ausdrücklich an die Uebertragung des Besitzes geknüpft wird. Der Gläubiger, mit dessen Einwilligung der Schuldner das Pfand veräussert, verliert sein Recht erst mit dem Uebergang des Besitzes.[7]) Dennoch scheinen die Ausdrücke der L. 10. C. die Nothwendigkeit der Besitzübertragung keineswegs vorauszusetzen. Nicht das ununterbrochene Innebehalten (iugiter tenere, semper possessionem tenere), sondern der bloss zum Schein abgeschlossene Kaufvertrag wird verworfen. Zu demselben Resultat führt die Interpretation der Ausdrücke distrahere, vendere, deren man sich in der Kaufberedung gewöhnlich bediente.

Die Unfähigkeit des Gläubigers, seine Pfandsache selbst zu erstehen, stellt ihn dem Eigenthümer an die Seite. Nehmen wir dazu, dass er gleich diesem das Eigenthum auf den Käufer

---

Verzicht auf das Pfandrecht aufgefasst und der Käufer durch eine exceptio remissionis geschützt wird. Siehe den Abschnitt über die mit der Ausübung der Verkaufsbefugniss verbundenen Rechtsverhältnisse. §§ 7. 8.

5) Fr. 40. pr. De pign. act. — L. 10. C. eod.

6) L. 13. C. de distract. pign. Qui prædium obligatum a creditore comparavit, si in vacuam possessionem inductus non est, nullam in rem actionem habet. Der Ausdruck in rem actio bezieht sich auf die vindicatio pignoris. Darüber unten in dem Abschnitt über die mit der Ausübung der Verkaufsbefugniss verbundenen Rechtsverhältnisse, besonders § 1. n. 3.

7) Fr. 2. C. de remiss. pignoris.

überträgt,[8]) und für dessen Eviction in der Regel einsteht;[9]) so wird uns die Frage begreiflich, welche sonst als quæstio domitiana erscheint, ob denn der Gläubiger die Pfandsache von dem Verpfänder erwerben könne?

Tryphoninus libro VIII. disputationum.

In Fr. 12. pr. De distract. pignor.

Rescriptum est ab imperatore, libellos agente Papiniano, creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris.[10])

Das Eigenthum bleibt dem Verpfänder, mag auch das Recht des Gläubigers demselben noch so nahe gerückt werden. Nun aber entscheidet nicht das was der Berechtigte hat, sondern was dem Verpflichteten gelassen ist; darauf gründet sich der Entscheid Tryphonins. Wichtig wird derselbe hauptsächlich für das Wiedereinlösungsrecht des Verpfänders, welches der giltige Kauf nothwendig ausschliesst.[11])

9. Aus den angeführten Beispielen ergiebt sich der Satz, dass der Wille der Partheien in allen Theilen über das Verkaufsrecht des Gläubigers entscheidet. Diess Prinzip hat sich auch im neuesten Recht erhalten. Noch Justinian stellt es seiner Verordnung über die dominii impetratio voran.

L. 3 § 1 C. de iure dom. impet. (VIII. 34.)

Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pignoraverit, si

---

8) Fr. 4. De pign. act.

9) Fr. 22. § 4. De pign. act. (Ulpianus.) Si creditor, quum venderet pignus, duplam promisit; *nam usu hoc evenerat.* — Die Lehre von der Pfandeviction wird unten im Zusammenhang dargestellt werden, S. den Abschnitt über die mit der Ausübung der Verkaufsbefugniss verbundenen Rechtsverhältnisse. §§ 2. 3.

10) Vgl. Fr. 20. § 3. De pign. act. L. 1. C. si antiq. creditor. — Fr. 35. § 1. D. eod. L. 9. C. de pign. act. (IV. 24.) — Aus Fr. 9. Quib. mod. pignus ergibt sich, dass der Kauf einen Verzicht auf das Pfandrecht enthält. S. unten in dem angeführten Abschnitt. §§ 8. 9.

11) So entscheidet Marcellus in Fr. 34. De pign. act. Die Worte: *secundum ea quæ proposita essent*, revocare non posse, machen den Entscheid nicht von den besondern Umständen des Falles abhängig, sondern legen diesen nur die negative Bedeutung bei, dass sie keine Abweichung rechtfertigen; ebenso unsere L. 10. C. c. verba: sane si debitore bis — exemplo grave est.

quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi sive in tempore sive in aliis conventionibus, ea observari, de quibus inter creditorem et debitorem conventum est.

10. Im Einklang mit diesem System wird der Gläubiger, welcher ohne ausdrückliches pactum de vendendo oder doch vor dem verabredeten Termin zum Pfandverkauf schreitet, als Dieb behandelt.

Javolenus in Fr. 75 De furtis (XLVII. 2.).

Si is, qui pignori rem accepit, quum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, aut antequam dies venditionis veniret, pecunia non soluta, id fecit, furti se obligat;

und die Veräusserung selbst für ungiltig erklärt.

L. 2 C. si vend. pign. agat. (VIII. 30.)

Servos, quos nullo iure a creditore venisse dicis, pater tuus vel tu, si hereditas eius ad te pertinet, a possessoribus petere potes. Quodsi usucapti sunt, petat pater tuus pretium eorum a creditore, qui non iure eos vendidit.[1])

11. In einem einzigen Falle wird ohne Rücksicht auf die Worte des Verkaufsvertrags entschieden. Ist der Betrag einer Rechnungsschuld zwischen den Contrahenten streitig, so darf der Schuldner auf gerichtliche Ermittlung desselben dringen, dem Gläubiger ist bis zum Urtheil die Veräusserung untersagt.

L. 5. C. de distr. pign.

Si residuum debiti paratus es solvere, præses provinciæ dabit tibi arbitrum: apud quem quantum sit, quod superest ex

---

[1]) Zu widersprechen scheint L. 7. C. de distr. pignor. Imp. Gordianus A. Caro. Si cessante solutione creditor, *non reluctante lege contractus*, ea quæ sibi pignori nexa erant, distraxit, revocari venditionem, iniquum est. — Die Revocation wird hier von einem ausdrücklichen pactum ne distrahatur (das ist die lex contractus) abhängig gemacht. Die blosse Weglassung des pactum de vendendo scheint demnach die Veräusserung nicht ungiltig zu machen. Diese Darstellung erklärt sich aus dem Recht des Fr. 4. De pign. act., dessen Bedeutung weiterhin erläutert werden soll. — Man vergleiche ferner L. 18. De distr. pign. Qui a creditore pignori obligatum prædium iure emit, de proprietate vinci non potest. Der Ausdruck iure entspricht genau dem «nullo iure» in L. 2. C. c., bezieht sich also zunächst auf die Befugniss zum Verkauf, oder nach den Worten der L. 1. C. si vendito pignore, auf einen creditor, cui ius distrahendi pignora fuit.

debito examinabitur: et sive ad iudicem venire adversa pars cessaverit, sive oblato superfluo ad venditionem prosiluerit: improba alienatio proprietatis tuæ ius non aufert.

Wollte man sich ausschliesslich an die Worte der Verkaufsberedung halten, so müsste die Giltigkeit oder Ungiltigkeit der Veräusserung nur allein von dem Resultat des Urtheils abhängen; die Annahme der richterlichen Vermittlung wäre an sich völlig gleichgiltig. Diess würde aber zu einer unbilligen Belästigung des Pfandschuldners führen. Manche Forderungen beruhen auf verwickelten nicht leicht zu übersehenden Berechnungen. Wenn in einem solchen Falle die Parteien zu einem verschiedenen Resultate gelangen, der Gläubiger dreissig verlangt, der Schuldner nur zwanzig zu schulden behauptet, und daher nur diese geringere Summe nach seiner eigenen Berechnung anbietet, so soll es jenem nicht erlaubt sein, unter dem Vorwand der Nichtsolution alsobald zum Verkauf zu schreiten, sondern er muss die richterliche Vermittelung annehmen und bis zu dem Urtheil mit der Veräusserung abwarten. Entzieht er sich diesem billigen Begehren, so ist der mittlerweile erfolgte Verkauf selbst dann ungiltig, wenn das Urtheil auf dreissig lautet. Der Schuldner hat auch jetzt noch das Recht, durch die Oblation dieser grössern Summe sein Eigenthum einzulösen. Die hier angedeutete Ausnahme wird zuweilen zu dem allgemeinen Erforderniss der Liquidität erweitert. [1]) Diess ist entschieden unrichtig. Für die Giltigkeit der Pfandveräusserung wird durchaus nicht vorausgesetzt, dass die Pfandforderung von dem Schuldner in ihrem ganzen Betrag anerkannt sei. Aber es ist eben so gewiss, dass es eine Klasse von Fällen gibt, in welchen eine vorgängige richterliche Bestimmung des Betrags verlangt werden kann. Wo sind hier die Gränzen? Der Kaiser bezeichnet dieselben nicht näher. Und eine völlig genügende, ganz zweifellose Bestimmung derselben gehört allerdings zu den Unmög-

[1]) Hiegegen Fritz, Erläuterungen zu Wening. B. I. S. 456. Sintenis, Pfandrecht. S. 507. Diese Schriftsteller verwerfen mit der Liquidität auch jede richterliche Festsetzung des Schuldbetrages überhaupt. Darin verkennen sie den bestimmten Sinn des vorliegenden Rescripts.

lichkeiten. Sollen wir eine s. g. Conto-Current-Forderung verlangen? Oder werden wir auch noch eine einseitige, aber aus verschiedenen Posten bestehende Rechnung zu derselben Begünstigung zulassen? Ist endlich nicht auch öfters eine völlig einheitliche Forderung in Folge von theilweisen Abzahlungen ganz ebenso verwickelt, wie jene erstern? Niemand wird diess läugnen. Um alle diese Fälle unter eine gemeinsame Bezeichnung zu bringen, müssen wir das Gebiet unserer Ausnahme auf sämmtliche Forderungen, *welche eine vorläufige Abrechnung erfordern*, ausdehnen. Grössere Bestimmtheit ist hier nicht zu erreichen.

13. Schon zu Severus Alexanders Zeit erscheint der Verkaufs-Vertrag als stehende Clausel der Pfandurkunden.[1]) In ihm liegt jene utilitas pignorum, welche wohl nicht lange vor Ulpians Zeitalter der Besitzesverpfändung allgemeine Verbreitung verschaffte.[2]) Der Verkauf und die Befriedigung aus dem Erlös ist nun so sehr die Hauptsache, dass die blosse Verabredung, ut vendere rem liceret, auch ohne vorhergehendes pactum pignoraticium als giltige Pfandbestellung ausgelegt,[3]) das Verkaufsrecht als der wesentliche Inhalt des Pfandes hervorgehoben,[4]) eine Appellation dagegen nicht gestattet,[5]) die Veräusserung des von einem Pupillen verpfändeten Grundstücks für giltig erklärt,[6]) und endlich in den Rechtssystemen das pignus bei der venditio rei alienæ abgehandelt wird.[7]) Vollendet erscheint die Herrschaft dieses Gesichtspunktes in dem Satze,

---

[1]) L. 4. C. de pignor. act. (IV. 24.) «pactum vulgare.»

[2]) Fr. 14. § 1. De pecunia constituta. (XIII. 5.) Si quis constituerit, se pignus daturum, *quum utilitas pignorum irrepserit*, debet etiam hoc constitutum admitti.

[3]) Fr. 3. § 2. Qui potiores. Papinianus libro XI. respons. — pignus intelligi contractum existimavi. — Vgl. L. 9. C. quæ res pignori. (VIII. 17.) Iustinianus.

[4]) L. 11. 14. 16. 17. 19. C. de distract. pign. L. 1. C. Debitorem venditionem. L. 5. C. si vendito pignore agatur. Fr. 1. § 1. Fr. 35. De P. et H.

[5]) Fr. 7. § 2. De appell. recip. (XLIX. 5.) Item quo minus pignus vendere liceat, appellari non potest.

[6]) Fr. 7. § 1. De rebus eorum. (XXVII. 9.)

[7]) Gaius II. § 62. — §. 1. I. quibus alien. lic. Theophilus ad h. §.

dass auch ohne ausdrückliche Verabredung das Verkaufsrecht sich von selbst versteht. So schildert uns Ulpian libro XLI. ad Sabinum den Rechtszustand seiner Zeit.

Fr. 4. De pign. act.

Si convenit de distrahendo pignore, sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emtor dominium rei habere. *Sed et si non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere.*

Im Einklang hiemit wird in einer grossen Anzahl von Fällen der Verkauf ohne vorhergehenden Vertrag zugelassen, [8]) und geradezu als eine mit der Pfandconvention nothwendig verbundene Befugniss, als ein ius creditoris, [9]) dargestellt. Diese Entwicklung ist um so merkwürdiger, da sie ohne alle gesetzliche Hilfe zu Stande kam, ja selbst ohne prätorische Sanction allgemeine Anerkennung fand. [10])

[8]) Fr. 1. § 1. De P. et H. Die specialis conventio, welche hier Papinian verlangt, ist nicht die conventio de distrahendo, sondern die conventio ut et peculium pignori sit. Fr. 26. § 2. Fr. 27. D. eod. Fr. 12. § 5. Fr. 21. § 1. Qui potiores. Fr. 1. pr. Quib. mod. pignus. Fr. 32. § 1. Ad S. C. vell. (XVI. 1.) Fr. 8. § 1. Fr. 34. De pign. act. Fr. 22. § 3. Fr. 59. §§ 1. 4. Mandati. (XVII. 1.) Fr. 5. § 5. De auctor. et cons. tutor. (XXVI. 8.) Fr. 5. § 3. Fr. 7. § 1. De rebus eor., qui sub tutela. (XXVII. 9.) Fr. 29. § 5. Fam. ercisc. (X. 2.) Fr. 46. De acquir. rer. dom. (XLVI. 1.) Fr. 38. § 23. De verb. obl. (XLV. 1.) Fr. 51. § 3. De fidei. et mandat. (XLVI. 1.) Fr. 5. § 2. Fr. 26. Fr. 73. Fr. 101. § 1. De solution. et liberat. (XLVI. 3.) Fr. 5. § 21. Ut in possess. legat. (XXXVI. 4.) Fr. 15. § 32. De iniur. (XLVII. 10.) Fr. 7. § 2. De appellat. recipiend. (XLIX. 5.) L. 1. 2. C. de prædiis et aliis reb. minor. (V. 71.) Uebrigens die Titel der Pandecten und des Codex de distractione pignorum, debitorem venditionem pignoris impedire non posse, si vendito pignore agatur, si adversus venditionem pignorum, si antiquior creditor pignus vendiderit. Paulus R. S. 1. t. 9. § 8.

[9]) L. 1. C. debitorem venditionem pignoris (VIII. 29.) — Daher wird nun auch der gemeine Pfandverkauf zuweilen eine venditio ex pacto genannt. Unter diesem pactum ist der Pfandvertrag selbst zu bestehen. In ihm ist die Verkaufsbefugniss nothwendig enthalten. Dahin gehören Fr. 35. De P. et H. Hier wird das Pfandrecht selbst als Verkaufsbefugniss bezeichnet. Fr. 3. pr. De distr. pign. — L. 8. C. de distr. pign. Davon sind wieder solche Stellen zu unterscheiden, welche wie Fr. 13. De distr. pign. von einem creditor qui *iure suo* vendit sprechen. Diess creditoris iure vendere heisst als Pfandgläubiger, nicht als Eigenthümer verkaufen, und bezieht sich allein auf die Lehre von der Evictionsleistung.

[10]) Das Gegentheil behauptet H. Donellus in tractatu de pignoribus, cap. de distractione pignorum, verba: et hoc est quod in edicto prætor pollicetur,

13. Unter den Fragen, zu welchen diese letzte Gestaltung des Verkaufsrechts Veranlassung gibt, steht die nach der rechtlichen Beurtheilung desselben oben an. Wo kein Vertrag die Norm liefert, was soll da an dessen Statt über die Rechte der Parteien entscheiden? Man würde in unsern Quellen vergeblich eine ausdrückliche Beantwortung dieser Frage suchen. Und dennoch ist ein leitendes Princip unverkennbar. *Die Theorie, wie sie sich aus der Interpretation des Kaufvertrags herausgebildet hatte, wird nun selbstständig, abgelöst von ihrer Grundlage, zur Anwendung gebracht, und so mit dem Vertrag auch dessen ganzes Recht supplirt.* Daher kommt es, dass manche einzelne Regeln von vorn herein in allgemeiner Fassung für jede Art des Pfandverkaufs aufgestellt erscheinen.[1]) Aber auch wo diess nicht der Fall ist, wo vielmehr der Verkauf ex pacto ausdrücklich hervorgehoben wird, auch da erscheint die analoge Anwendung auf die Fälle des Pfandverkaufs ohne pactum gerechtfertigt.[2]) Es versteht sich indess von selbst, dass diese Uebertragung auf diejenigen Sätze keine Anwendung finden kann, welche ihre Entstehung nicht sowohl den allgemeinen Bestimmungen des Vertrags als einzelnen gewillkürten Verabredungen verdanken. Dahin gehören z. B. die Zeit-Conventionen; ihnen fehlt jede Gemeingiltigkeit; sie können nicht über den einzelnen Fall hinaus zur Anwendung gebracht werden. So finden die Bestimmungen des Fr. 8. § 3. De pign. act. keine Anwendung. Eben so wenig die Beschränkung des Verkaufsrechts auf eine bestimmte Zeit.

---

se venditionem pignoris servaturum. Die Worte Ulpians: hoc iure utimur, beweisen diese Behauptung noch nicht. Wahrscheinlich aber auch nicht sicher ist Noodts Auslegung ad libr. XX. D. t. 1. (opp. t. II. p. 442.) post aliquas variationes tandem obtinuisse.

1) Z. B. die Lehren von der Eviction des verkauften Pfandes und von dem Rückfall des Eigenthums.

2) Diess gilt namentlich von folgenden Fällen: Fr. 8. § 5. Fr. 42, De pign. act. (nach der Lesart: quæ fit ex pacto.) Fr. 6 § 8. Comm. divid. (X. 3.) Fr. 14. § 5. De div. temp. præscript. (XLIV. 3.) Dasselbe ist über Gaius II. § 64. zu bemerken. Hier wird nur die venditio ex pacto gerechtfertigt, und doch hat der Verkauf ohne pactum dieselbe Wirkung. Fr. 46. De acquir. rer. dom. (XLI. 1.)

14. Mit grösseren Schwierigkeiten ist die Beantwortung einer zweiten Frage verbunden. Welches Interesse konnte zu der Aufnahme eines ausdrücklichen pactum de vendendo bewegen, seitdem sich das Verkaufsrecht von selbst verstand? Die Wichtigkeit der ausdrücklichen Convention knüpft sich hauptsächlich an zwei Punkte: zunächst an die Möglichkeit, auf dem Wege der Privat-Verkommniss das gemeine Recht nach Willkühr abzuändern, sodann an die grössere Freiheit und Formlosigkeit des Verkaufs selbst. Dieser letztere Unterschied soll hier genauer erläutert werden. Auf den Grund einer ausdrücklichen Verkaufsberedung konnte alsobald nach Eintritt des festgesetzten Termines zur Veräusserung geschritten werden.[1]) Der gemeinrechtliche[2]) Pfandverkauf dagegen verlangt eine dreimalige Denuntiation, deren Versäumniss die Nichtigkeit der Veräusserung selbst nach sich zieht. Das war alles, wozu sich die damalige Praxis verstand. Wo der Verkauf nicht mehr fehlen konnte, da musste doch wenigstens dessen Unvermeidlichkeit durch drei[3]) erfolglose Mahnungen dargethan sein.[4]) Am bestimmtesten wird das Erforderniss dreimaliger Mahnung von Paulus R. S. II. 5. § 1. bezeugt.

---

[1]) Oben VI. 3. n. 7.

[2]) Dieser Ausdruck wird in dem folgenden stets als Gegensatz zu dem Verkauf ex pacto gebraucht. Er ist dem römischen: iure communi vendere, welches genau denselben Sinn hat, nachgebildet. L. 18. C. de adm. tutor. (V. 37.) Zwei andere Stellen L. 7. C. de oblig. et act. (IV. 10.) L. 1. C. de pactis pign. (VIII. 35.) bewegen sich in dem Gegensatze von Verkauf und Eigenthumserwerb.

[3]) Ueber die Zwischenzeit, durch welche diese drei Mahnungen von einander getrennt sein müssen, wird uns nichts berichtet. Bei den Schriftstellern finden sich verschiedene Vermuthungen. Donellus, de pignoribus C. 12., verlangt den Ablauf von je zehn Tagen, und erinnert dabei an das Vorbild der alten Execution, an die zehn Tage beim constitutum, Fr. 21. § 1. De const. (XXII. 5.), und an die Fristen der drei Edicte, deren letztes die peremtorische Citation enthält. Fr. 68—70. De iud. (X. I.) Vgl. Glück, Erläuterung. B. XIX. S. 385. Müller, über den Pfandverkauf. Civilistische Abhandlungen. Nro. III. Fritz, zu Wening. B. I. S. 467.

[4]) Man könnte auf diese Bestimmung des frühern Rechts das anwenden, was Justinian in § 1. I. quibus alienare licet in Beziehung auf seine Constitution über die dominii impetratio (L. 3. C. de dom. imp.) sagt: ne creditores ius suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere videantur.

Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, *ter ante denuntiare debitori suo debet*, ut pignus luat, ne a se distrahatur.

Der Sinn des Wortes: pignus *simpliciter* depositum kann nicht zweifelhaft sein. Paulus schliesst den ausdrücklichen Verkaufsvertrag, überdiess die demselben gleichstehende Fiducirung der Pfandsache [5]) aus. In diesen Fällen braucht nicht denuntirt zu werden, in allen übrigen dreimal.

Dasselbe ergiebt sich aus folgendem Fragment Ulpians:

Fr. 4 De pign. act.

Si convenit de distrahendo pignore, sive ab initio, sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emtor dominium rei habere. Sed et si non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut solvat, et cessaverit.[6])

Der Jurist unterscheidet drei Fälle: den ausdrücklichen Verkaufsvertrag, den Mangel eines solchen, endlich die ausdrückliche Untersagung der Verkaufsbefugniss. Die beiden ersten Fälle werden gleich behandelt: der Gläubiger hat das Verkaufsrecht, mag es ihm ausdrücklich eingeräumt worden sein oder nicht. Anders der dritte Fall: Verkauf gegen ausdrückliche Untersagung ist Diebstahl, sobald nicht dreimal gemahnt worden ist. Rücksichtlich der dreimaligen Mahnung tritt kein Unterschied ein; aber in den Folgen ihrer Unterlassung ist eine Verschiedenheit. Sie wird als furtum gestraft, wenn der Verkauf ausdrücklich untersagt war, sie wird gar nicht gestraft, wo kein solches Verbot vorlag, sondern nur das ausdrückliche pactum de vendendo fehlte. Von einem Widerspruch zwischen Ulpian und Paulus, wie man ihn gewöhnlich anzunehmen pflegt, ist also keine Rede. Im Gegentheil, beide erkennen die Nothwendigkeit dreimaliger Denuntiation *für alle Fälle,*

[5]) Unten in dem letzten Abschnitt dieses Bandes. § 2. n. 8.

[6]) Zu dieser Stelle die Litteratur Bemerkungen von Glück, Erläuterung. B. XIX. S. 358.

in welchen das pactum de vendendo ausgelassen wurde. Die ausdrückliche Entziehung des Verkaufsrechtes zeichnet sich nur durch die Diebstahlsstrafe aus.[7]) Zur Unterstützung dieser Erklärung dient das spätere Recht der fiducia. Die Eigenthumsübertragung vertritt die Stelle der Verkaufsberedung. Daher ist hier niemals Denuntiation erforderlich, im Falle der ausdrücklichen Verkaufsuntersagung dagegen eine einzige hinreichend.[8]) Also auch hier ist es nicht die dreimalige Wiederholung der Aufforderung, welche das entgegenstehende pactum auszeichnet. Die Auszeichnung liegt auf einer ganz andern Seite, nämlich in der Strafe des Diebstahls.

15. Die Nothwendigkeit der Denuntiation für die Giltigkeit des gemeinrechtlichen Pfandverkaufs wird auch in einem Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximian anerkannt.

L. 18 C. de admin. tut. (V. 37.)

Debitoribus pupillæ pro officii ratione tutorem te constitutum asseverans, ad te nominum periculo pertinente, *parere solutioni denuntia.* Qui si satis non fecerint, in venditione pignorum uti communi iure potes.

Die Schlussworte zeigen, dass hier von dem gemeinrechtlichen Pfandverkauf allein die Rede ist. Im Widerspruch scheint ein anderes Rescript derselben Kaiser vom Jahr 290. L. 10. C. de P. et H.

---

7) Man könnte an der Richtigkeit der aufgestellten Erklärung durch Fr. 75. De furtis (XLVII. 2.) irre werden. Javolen theilt aus Cassius folgenden Satz mit. Si is, qui pignori rem accepit, *quum de vendendo pignore nihil convenisset*, vendidit, aut antequam dies venditionis veniret, pecunia non soluta, id fecit, furti se obligat. Hier scheint die Diebstahlsstrafe auch für den Fall der fehlenden Verkaufsberedung zu gelten. Allein Javolen spricht offenbar nur von dem Fall, da die Weglassung des pactum absichtlich geschah «non per oblivionem, sed quum hoc ageretur, ne posset vendere;» vgl. Paulus in Fr. 3. Quæ res pign.; und dieses stillschweigende Verbot gilt dem ausdrücklichen völlig gleich.

8) Paulus R. S. II. 13. § 5. Ohne Grund hat man hier ein *ter* einschalten wollen; für das schon nach der äussern Wortfügung nirgends eine passende Stelle gefunden werden kann. Die Interpretation hat es allerdings aufgenommen, aber zugleich fiducia in pignus umgeändert. Die gerügte

Debitores præsentes prius denuntiationibus conveniendi sunt. Igitur si conventi debito satis non fecerint, persequenti tibi pignora seu hypothecas, quas instrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentibus actionibus, rector provinciæ autoritatis suæ auxilium impertiri non dubitabit.

Hier wird die Denuntiation für alle Fälle zur Pflicht gemacht; noch mehr, nicht nur der Pfandverkauf, sondern sogar die Pfandklage scheint durch sie bedingt. Und doch. wissen wir, dass keine in rem actio je an die Beobachtung einer denuntiatio geknüpft war.[1]) Jede Schwierigkeit verschwindet, sobald wir an die seit Marc Aurel[2]) gebräuchliche Prozesseinleitung durch eine vor Zeugen erfolgte Ankündigung des Rechtsstreits an den zu Belangenden denken. Von dieser allein, nicht von der Mahnung des Schuldners zur Luition sprechen die Kaiser. Der Pfandgläubiger, welcher sich mit der Bitte um ein extraordinarium auxilium an den rector provinciæ gewendet hatte, wird angewiesen, seine Pfänder im ordentlichen Wege der Klage zu verfolgen. Die Eröffnung derselben geschieht durch die litis denuntiatio; dabei muss nun die Klage namhaft gemacht, also im vorliegenden Fall die actio hypothecaria in derselben Vollständigkeit, wie früher zur Zeit des ordentlichen Verfahrens, dem Beklagten edirt werden. Dieser kann sich auch jetzt noch durch die Oblation der ganzen Schuldsumme von jeder weitern Verfolgung befreien. Unterlässt er es, und kommt es nur in Folge nicht geleisteter Satisfaction zur Verurtheilung, dann wird der rector provinciæ kein Bedenken tragen, auf dem Executionswege einzuschreiten.

In diesem Zusammenhang gewinnen auch die einzelnen Ausdrücke des Rescripts ihre völlig befriedigende Bedeutung und Erklärung. Namentlich zeigt es sich, dass die Worte:

Interpolation findet sich bei Schulting ad h. l. und Noodt ad D. XX. 1. opp. t. II. p. 442. verba: postquam.

[1]) § 15. I. de action. (IV. 6.) Gaius IV. § 18.

[2]) Aurelius Victor de cæsaribus. XVI. 9. Ueberdiess die Titel des theodos. codex: de denuntiatione vel editione rescripti (II. 4.) und de temporum cursu et reparationibus denuntiationum. (II. 6.)

si conventi debito satis non fecerint mit einer Aufforderung zur Luition nichts zu schaffen haben. Unter conventio wird die Eröffnung der hypothecarischen Klage, unter satisfactio die Abfindung des Klägers verstanden.[3])

16. Die Beschränkung der denuntiatio auf den gemeinrechtlichen Pfandverkauf wird auch von Justinian in L. 3 § 1 C. de iure dominii impetrando (VIII. 34.) anerkannt.

Sancimus, si quis rem creditori suo pignoraverit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi sive in tempore, sive in aliis conventionibus, ea observari, de quibus inter creditorem et debitorem conventum est. *Sin autem nulla pactio*[1]) *intercesserit*, licentia dabitur fœneratori *ex denuntiatione* vel ex sententia iudiciali post biennium, ex quo attestatio missa, vel sententia prolata est, numerandum, eam vendere.

Der zweijährige Termin, vor dessen Ablauf nicht verkauft werden darf, soll von dem Zeitpunkt der Denuntiation oder von dem des richterlichen Entscheides an berechnet werden. Diese Denuntiation ist offenbar keine neue Schöpfung Justinians; sonst würde sie zweifelsohne in der bekannten Weise hervorgehoben und angepriesen; sie ist vielmehr aus dem Rechte der frühern Zeit beibehalten. Daher ist der Umfang, in welchem sie Justinian anerkennt, auch für das klassische Recht von Bedeutung. Der Kaiser unterscheidet aber nun sehr bestimmt zwischen dem vertragsmässigen und dem gemeinrechtlichen Pfandverkauf. Ueber den erstern soll nur allein der Inhalt des Vertrags entscheiden; der gemeinrechtliche Verkauf dagegen wird durch gesetzliche Bestimmungen geordnet, und unter diesen findet sich auch die denuntiatio. So ergiebt sich wiederum das Resultat, dass dem vertragsmässigen

---

[3]) Diese Stelle ist beinahe durchgängig falsch verstanden. Cuiacius, Obss. V. 31. denkt nur an die Mahnung zur Luition. — Sintenis, Pfandrecht. S. 561. billigt die Meinung der Glosse, nach welcher in unserer Constitution nur eine Höflichkeit (urbanitas) enthalten sein soll. Gesterding, Pfandrecht. S. 365. denkt an die zur Mora erforderliche Mahnung.

[1]) sc. de vendendo.

Pfandverkauf die feierliche Mahnung des Schuldners so lange fremd bleibt, als sie nicht durch eine ausdrückliche Verabredung mit in die Bestimmungen des Contracts aufgenommen wird. —

Auch für die dominii impetratio ist in gleicher Weise zu unterscheiden; diese wird nur dann an den Ablauf des biennium und durch dieses an die Denuntiation gebunden, wenn kein ausdrücklicher Vertrag etwas anderes festsetzte. Hier tritt jedoch noch eine besondere Mahnung ein, welche mit der ersterwähnten Denuntiation nicht zu verwechseln ist. Sobald nämlich die Unmöglichkeit des Verkaufs vorliegt und zu der dominii impetratio geschritten werden soll, ist der Schuldner vorerst nochmals entweder durch den Gläubiger oder durch das Gericht zur Zahlung aufzufordern, und dafür gilt es gleich, ob der Verkauf verabredet worden war oder nicht.[2])

17. Genauere Nachrichten über die Denuntiation finden sich in dem ganzen Umfang unserer Quellen nicht vor, und so sind wir über alles Einzelne auf blosse Vermuthungen beschränkt. In welcher Form erfolgt sie? Was ist ihr Inhalt? An wen wird sie gerichtet? Und wie, wenn sich der zu Benachrichtigende absichtlich entzieht? Ueber alles dieses mögen folgende Andeutungen genügen. Am geringsten sind die Bedenken über die Form. Dieselben Feierlichkeiten, mit welchen die denuntiatio in ihren anderweitigen Anwendungen auftritt, konnten auch hier nicht fehlen. Eine formlose Benachrichtigung genügte also nicht; die Mahnung musste in Gegenwart besonders zu dem Akte geladener Zeugen, nicht unter dreien,[1]) vorgenommen und durch die gewöhnliche Testation[2]) beschlossen werden. Die Uebertragung dieser Form

[2]) L. 3. § 2. C. e.

[1]) Weniger Feierlichkeitszeugen finden sich nicht, öfters mehr. Vgl. die von Asverus, die Denuntiation der Römer, S. 94 gesammelten Stellen. Drei Zeugen geben einem Akte öffentliche Beglaubigung. So wird die von drei Männern unterschriebene Pfandurkunde dem publicum instrumentum an die Seite gestellt. L. 11. C. qui potiores.

[2]) Si erfolgt in den Worten: testes estote. Festus s. v. litis contestatio, oder testimonium perhibetote. Ulpian Fr. 20. § 9. Daher hatte der Akt seinen

auf das Pfandrecht hat um so weniger Bedenken, da selbst für die mit der Proscription der Pfandsache verbundene Anzeige ausdrücklich das testato dicere verlangt wird.[3]) — Schriftliche Urkunden, welche über alle solennen Akte aufgenommen zu werden pflegten,[4]) kamen wohl auch für die pfandrechtliche Denuntiation immer mehr in Gebrauch, jedoch hier wie überall nur mit der Bedeutung von Beweismitteln. — Von ihnen sind die schriftlichen Mahnungen zu unterscheiden, wie solche gegen Abwesende allein möglich waren und in den verschiedensten Anwendungen vorkamen.[5]) Ihre Zulässigkeit ist auch für die mit der Proscription verbundene Denuntiation anerkannt.[6]) Späterhin gestaltete sich die Praxis anders. Anwesende wurden schriftlich, Abwesende durch richterliche Vermittlung gemahnt. Dieser Rechtszustand liegt den Verfügungen Justinians in L. 3. C. de iure dominii impetrando zu Grunde. — Die Denuntiation wird durch ein richterliches Urtheil ersetzt. Auch diese Bestimmung entstammt ohne Zweifel dem Rechte der frühern Zeit. Aber was für ein Urtheil ist hier gemeint? Hat man an die hypothecarische oder an die persönliche Schuld-

---

Namen testatio, auf welchen testamentum und litiscontestatio zurückzuführen sind. In gleichem Sinne wird auch nuncupatio gebraucht. Ulpian Fr. 20. § 9. Festus s. v. nuncupata pecunia, S. 182. der Müllerschen Ausgabe. — So ist auch die Umschreibung testato dicere (L. 4. C. de distr. pign.) oder testato convenire (Fr. 5. § 10. De administr. et peric. tutor. [XXVI. 7.]) zu erklären. Sie deutet auf den feierlichen Schlussakt der Zeugenaufrufung.

3) L. 4. C. de distr. pignor.

4) Vergl. Liebe, Stipulation § 3. Asverus, die Denuntiation. § 12. 2. S. 120—122.

5) Vgl. die von Asverus, die Denuntiation, S. 121. n. 19. gesammelten Stellen. Besondere Hervorhebung verdient der Anschlag der Urkunde an das Haus des Denuntiaten, welcher für den äussersten Nothfall genügen soll. Fr. 4. § 6. De damno inf. (XXXIX. 2.) Vgl. Fr. 1. § 1. De agnosc. et alend. liberis. (XXV. 3.) Fr. 5. § 2. Quod vi aut clam. (XLIII. 24.) Der technische Ausdruck für die denuntiatio absenti facta ist detestatio Fr. 39. § 2. de V. S. (L. 16.)

6) In L. 4. C. de distr. pignor. heisst es: — creditor hypothecas sive pignus cum proscribit, *notum debitori facere*, — et sibi bona fide rem gerere, *et quando licet testato dicere debet*. Also, wo Testification nicht möglich ist, da soll einfache Notification genügen.

klage zu denken? Diese Frage hängt mit der Bestimmung des Inhalts der Denuntiation genau zusammen. Aber auch hierüber sind wir keineswegs genau unterrichtet. Nach L. 18. C. de administr. tut. (V. 37.) mahnte der Gläubiger zur *Solution*, dagegen nach Paulus R. S. II. t. 5. § 1. zur *Luition*. Zwischen Solution und Luition ist aber ein grosser Unterschied. Solution kann nur von dem Schuldner oder von dessen Universal-Successor verlangt werden; das Recht der Luition dagegen steht auch jedem dritten Besitzer zu. Ueberwiegende Gründe sprechen für die Solution. Der abweichende Ausdruck des Paulus ist kein ernstliches Hinderniss; in der Person des Schuldners gestaltet sich die Solution zur Luition, und von dem Schuldner allein, nicht etwa von jedem Pfandbesitzer, ist in jener Stelle der sententiæ receptæ die Rede. — Hiemit ist auch über das Urtheil entschieden. Nur die persönliche Klage enthält eine direkte Aufforderung zur Zahlung; daher kann nur das über sie gefällte Urtheil die Denuntiation ersetzen. Nach denselben Grundsätzen ist die Person des Denuntiaten zu bestimmen. Nicht der Pfandbesitzer als solcher, sondern der Schuldner ist zu mahnen, und diess selbst in dem Falle, wenn das Pfand durch Veräusserung in dritte Hände gekommen, oder von vornherein von einem Dritten für den Schuldner bestellt worden ist. In den Quellen ist stets nur von dem debitor die Rede.[7])

18. Neben der Denuntiation an den säumigen Schuldner findet sich in unsern Quellen noch eine andere Feierlichkeit, die Proscription des zu verkaufenden Pfandes, erwähnt.[1]) Diese

[7]) L. 18. C. de admin. tut. (V. 37.) L. 4. C. de distr. pign. Paulus R. S. II. t. 5. § 1. Vgl. Paulus R. S. II. t. 13. § 5. L. 3. § 2. C. de iure dominii impetrando. Fritz, zu Wening. B. I. S. 561. will aus den Worten des § 1. gerade das Gegentheil ableiten. Allein der ganze Zusammenhang der Stelle und überdiess die Ausdrücke des § 2 zeigen, dass Justinian nur den regelmässigen Fall, nämlich die Vereinigung des Schuldners und Pfandbesitzers in einer Person vor Augen hat.

[1]) L. 4. C. de distr. pign. (Imp. Alexander a. 225.) Creditor hypothecas sive pignus cum proscribit, notum debitori facere et sibi bona fide rem gerere et quando licet testato dicere debet. — Fr. 15. § 32. De iniur.

ist jedoch nicht auf die gemeinrechtliche Pfandveräusserung beschränkt; noch mehr, ihre Unterlassung hat keineswegs die Nichtigkeit des Verkaufs, sondern gewisse andere Rechtsnachtheile zur Folge. Dahin gehört vor allem die Unzulässigkeit der dominii impetratio ohne den Beweis einer vorhergehenden erfolglosen Auskündung. Justinians Worte: in pignoribus, *quæ iure dominii possidere aliquis cupiebat*, proscriptio publica et annus luitionis antiquitus introducti sunt, bestätigen den angedeuteten Zusammenhang. Damit stimmt folgendes Rescript des Kaisers Alexander vom Jahr 229 überein.

L. 1. C. de iure dom. impetr. (VIII. 35.)

Dominii iure pignora possidere desiderans, nomina debitorum, quos in solutione cessare dicis, exprimere, *et an solennia peregeris*, significare debuisti, dummodo scias, omnia bona debitoris, quæ pignori dedit, ut universa dominio tuo generaliter addicantur, impetrare te non posse.

Unter den Solennitäten, deren Beobachtung in dem Gesuche um Eigenthumszuschlag angemerkt sein muss, sind die öffentlichen Auskündungen des beabsichtigten Pfandverkaufs zu verstehen. Von andern Förmlichkeiten haben wir aus der Zeit vor Justinians Gesetz über die dominii impetratio keine Kunde.

Ausserdem zieht die Unterlassung der Proscription alle Folgen der mala fides auf den Pfandgläubiger. Dieser haftet für den nachweisbaren Schaden; im Falle seiner Insolvenz kann der Verkauf sogar rückgängig gemacht werden, sobald nur der Käufer um das unförmliche Verfahren wusste.[2]) — Zuletzt

---

(Ulpianus ad edictum) Item si quis pignus proscripserit venditurus tamquam a me acceperit, infamandi mea causa, Servius ait, iniuriarum agi posse. L. 3. pr. C. de iure dom. impetr. (Imperator Iustinianus) Vetustissimam observationem, quæ nullatenus in ipsis rerum claruit documentis, penitus esse duximus amputandam, immo magis clarioribus remediis corrigendam. Igitur in pignoribus, quæ iure dominii possidere aliquis cupiebat, proscriptio publica et annus luitionis antiquitus introducti sunt, pignus autem publice proscriptum neque vidimus, neque, nisi tantummodo ex librorum recitatione, audivimus.

2) L. 4. C. Si vendito pignore agatur. (VIII. 30.) Imperator Gordianus A. Eudemo. Quum contra bonam fidem venditionem obligatæ possessionis a creditore factam alleges, *non observatis, quæ in distrahendis pignoribus celebrari*

wird die Geltendmachung des mit einem Spezialpfande verbundenen General-Pfandrechts von der Beobachtung der Proscription abhängig gemacht.

L. 9. C. de distr. pignor. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Cillo.

Quæ specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem, *bona fide debetis et solenniter vendere.* Ita enim apparebit, an ex pretio pignoris debito satis fieri possit. Quodsi quid deerit, non prohibemini cetera etiam bona iure conventionis consequi. (a. 287.)

Diess Rescript schliesst sich an die L. 2. C. de P. et H. an, in welcher Severus Alexander dem General-Pfandrecht eine subsidiäre Stellung gegenüber dem damit verbundenen Spezialpfande anweist.[3]) Von den Bedingungen, unter welchen diess beneficium excussionis reale zur Anwendung kommt, so wie von dessen Umfang kann jetzt nicht die Rede sein. Nur ein vielfach übersehener Punkt ist hier hervorzuheben. Der Kläger muss durch die Gegenstände des Specialpfandes für seine

---

consueverunt, adito præside provinciæ experire actione competente non tantum adversus creditorem, verum etiam adversus possessorem, si frandem eum participasse cum creditore docere potueris, ut revocatis, quæ mala fide gesta constiterit, et fructuum ratio et damni quod irrogatum apparuerit, haberi possit. (a. 240.) Vgl. L. I. C. eod.

[3]) Quamvis constet, specialiter quædam et universa bona generaliter adversarium tuum accepisse, et æquale ius in omnibus habere, iurisdictio tamen temperanda est. Ideoque si certum est, posse eum ex his, quæ nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea quæ postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri præses provinciæ iubebit. — Vgl. über diese Stelle besonders Glück, Erläuterungen. B. XVIII. S. 239—243. Ueber die factischen Voraussetzungen der L. 9. C. c. ist dieser Schriftsteller mit vielen andern, welche er selbst namhaft macht, im Irrthum. Es ist unrichtig, dass von der Klage des Gläubigers gegen den Schuldner gesprochen wird, die Worte: debitoribus detrectantibus solutionem beweisen diess nicht. Es ist ferner unrichtig, dass die Worte: iure conventionis den *Schuld*vertrag bezeichnen, der dem Gläubiger Anspruch auf Befriedigung aus dem übrigen Vermögen gebe. Die conventio bezeichnet vielmehr den generellen *Pfand*vertrag und die Basiliken (tom. IV. l. XXV. t. 7. p. 76. ed. Fabrot) sind dieser Auslegung keineswegs entgegen. Die factischen Voraussetzungen beider Stellen sind also dieselben, nur die zu beantwortenden Fragen verschieden.

Forderung gedeckt sein.[4]) Gewissheit über den Werth der Pfänder ist indess nicht immer zum voraus erhältlich. Der Erfolg des Verkaufs kann die Schätzung Lügen strafen. In einem solchen Falle nun soll nicht jeder Verkaufspreis, sondern allein der nach vorgängiger Proscription erhältliche Berücksichtigung verdienen. Wenn dieser die Höhe der Schuld nicht erreicht, dann wird dem Gläubiger die Persecution der Gegenstände seines Generalpfandes hinterher freigegeben.

Die angeführten Rechtsnachtheile erklären sich insgesammt aus der Annahme einer in dem geheimen Pfandverkauf liegenden mala fides. Sie berechtigt nicht nur zum Schadensersatz, ja unter Umständen zur Auflösung des Verkaufs; sie verwirkt überdiess den Anspruch auf Befriedigung durch Eigenthumszuschlag oder durch Angriff der dem General-Pfandrecht vorbehaltenen Gegenstände.

Trotz dieser Bestimmungen kam die öffentliche Auskündung des Pfandverkaufs späterhin ausser Uebung. Ihre Erinnerung erhielt sich nur in den Schriften der Rechtsgelehrten. Gesetzliche Aufhebung erfolgte erst durch Justinian. So erklärt sich die Dürftigkeit der Nachrichten über dieselbe. Nur die Nothwendigkeit einer Anzeige an den Schuldner wird hervorgehoben.[5]) Wenn Donell diese Denuntiation auf die Anzeige des Kaufpreises bezieht, so ist hierin seine Annahme ebenso willkührlich, als in der Beschränkung der Proscription auf bewegliche Pfandsachen.[6])

19. Die Einführung des gemeinrechtlichen Pfandverkaufs gab dem pactum ne distrahere liceret Entstehung. Auf dem Wege des ausdrücklichen Verbots suchte man nun das unmöglich zu machen, wozu anfänglich nur eine ausdrückliche Erlaubniss berechtigt hatte. Allein die Verkaufsbefugniss war allgemach so sehr zur Hauptsache geworden, und die Selbstbefriedigung aus dem Erlös mit dem Begriff des pignus so

4) Verba: si certum est, posse eum ex his, quæ nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum.

5) L. 4. C. de distr. pignor.

6) Donellus ad tit. C. de distract. pignor. § 7.

vollkommen identificirt, dass jenes Verbot mit der Pfandbestellung selbst unvereinbar erschien. Der Gläubiger verlor also sein Verkaufsrecht durchaus nicht. Nur zog die Unterlassung der auch sonst erforderlichen dreimaligen Denuntiation in diesem Falle die Strafe des Diebstahls nach sich. Wie die völlige Untersagung der Pfandveräusserung, so wird auch die Beschränkung derselben durch Bestimmung eines minimum für den Kaufspreis, durch Beifügung einer Bedingung oder durch Beschränkung des Verkaufs auf einen bestimmten Ort behandelt. Durch dreimalige Denuntiation kann sich der Gläubiger jedem solchen theilweisen Verbot entziehen und die Strafe des Diebstahls meiden. Mit Recht haben die Compilatoren die oben mitgetheilte Stelle Ulpians (Fr. 4. De pign. act.) durch folgendes Fragment aus Pomponius XIX. Buch zu Sabinus ergänzt:

Fr. 5. De pign. act.

Idque iuris est, sive omnino fuerint pacti, ne veneat, *sive in summa aut conditione aut loco contra pactionem factum est.*

Durch die Beachtung dieses Rechtes erhält eine vielbestrittene Stelle ihre völlig genügende Erklärung.

Papinianus libro III. responsorum.

In Fr. 2. Qui pot.

Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea prædium ex his bonis pignori datur; quamvis ex ceteris pecuniam suam redigere possit. Quodsi ea conventio prioris fuit, ut ita demum cetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quæ generaliter accepit, servari non potuisset, deficiente secunda conventione, secundus creditor in pignore postea dato non tam potior quam solus invenietur.[1]) Seius

[1]) So lautet der Text der Florentina. Dieser wird in allen Theilen durch die Autorität der Basiliken unterstützt. L. XXV. t. 5. Fr. 2. (edit. Heimbach. t. III. p. 79.) *Ὁ γενικὴν ὑποθήκην ἔχων προτιμᾶται τοῦ μετ' αὐτὸν ἰδικὴν λαβόντος ἐκ τῶν αὐτῶν πραγμάτων, κἂν ἐκ τῶν λοιπῶν δύναται πληρωθῆναι. εἰ μὴ ἄρα συνεφώνησε τότε τὰ λοιπὰ ὑποκεῖσθαι, ὅτε διὰ τῶν γενικῶν οὐ δύναται πληρωθῆναι· τηνικαῦτα γὰρ δυναμένου αὐτοῦ πληρωθῆναι διὰ τῶν γενικῶν, μόνος ὁ δεύτερος δανειστὴς ὑποθήκην ἔχει τοῦ δοθέντος αὐτῷ.* Siehe hiezu das von Heimbach l. c. in der Note p. citirte Scholion. — Unter den vielen Interpreten sind besonders Cuiacius obss. XI. 32. in fine.

hatte dem Gläubiger A sein gesammtes Vermögen durch eine General-Caution verpfändet, und möchte nun von B gegen Versetzung seines Ackers ein Darlehn aufnehmen. B findet sich durch dieses Spezialpfand nicht hinlänglich gesichert. Wer steht ihm dafür, dass sein Vorgänger nicht gerade auf diesen Acker greift? Das übrige Vermögen mag noch so sehr zur Deckung des ersten Pfandgläubigers hinreichen: es bleibt immer dessen Willkühr überlassen, woran er sich zunächst halten will, ob an das Spezialpfand des B oder an die übrigen Güter. In dieser Verlegenheit wendet sich der Schuldner an seinen ersten Gläubiger A und schlägt ihm vor, die frühere Convention dahin abzuändern, dass jener Acker nur unter folgender Bedingung verpfändet sein solle: wenn die Gegenstände des General-Pfandrechts zu seiner Befriedigung nicht hinreichend erfunden werden. Die Annahme dieses Vorschlags vermindert die Sicherheit des ersten Gläubigers durchaus nicht. Er behält nach wie vor ein Pfandrecht an allen Gütern und zwar ein älteres und besseres Pfandrecht als das des B. Auf der andern Seite kann aber nun auch der zweite Gläubiger sich beruhigen. Die Gefahr, A möchte vorzugsweise das Spezialpfand des B angreifen, ist jetzt entfernt. Der Acker ist dem A ja nur bedingungsweise verpfändet: so bald er nicht durch sein Generalpfand gedeckt wird. Durch diese Erklärung erhalten die einzelnen Ausdrücke Papinians, welche so oft Anstoss erregten, ihre Rechtfertigung. Unter den «cetera bona» sind die dem B speziell zu verpfändenden Gegenstände zu verstehen.[2]) «Secunda conventio» geht auf die spätere Modification des mit A abgeschlossenen Generalpfandes. Der Ausdruck

(opp. t. III. p. 321.) ad libr. III. respons. Pap. (opp. t. IV. p. 949—951.) Faber, coniect. iur. civ. Lib. 27. c. 13. (ed. Aureliæ Allobrogum. p. 153.) Giphanius, explan. diffic. legum eod. ad L. 2. C. de P. et H. (ed. Coloniæ Plaucianæ a. 1615. p. 315—318.) Bachov, de pignor. Lib. IV. 5. § 1. — Glück, Erläuterungen. B. XVIII. S. 246—251. Sintenis Pfandrecht. S. 471. 495. hervorzuheben.

[2]) Die Aenderung Fabers von cetera in certa ist unnöthig, wenn gleich nicht so sinnentstellend als die Aenderung von generaliter in specialiter, welche Cuiacius vorschlägt, und so viele nach ihm aufgenommen haben. Vgl. Glück a. a. O. S. 248. n. 47.

«deficit» endlich kann eben so gut für die conventio selbst, als für die Bedingung derselben gebraucht werden. Es ist daher kein Grund vorhanden, mit Hotoman (ad. L. 2. C. de P. et H.) deficiente secundæ conventionis conditione zu lesen.

So viel genügt, um den Zusammenhang des von Papinian behandelten Falles mit dem Rechtssatze des Pomponius in Fr. 5. De pign. act. erläutern zu können. Wir fragen jetzt nämlich: Warum lautete die secunda conventio mit A dahin: ut ita demum cetera bona *pignora haberentur*, si pecunia de his, quæ generaliter accepit, servari non potuisset? War es nicht viel einfacher, den ersten Pfandvertrag ganz aufrecht zu erhalten, und nur für den Verkauf eine bestimmte Rangordnung einzuführen, etwa in den Worten: ut ita demum cetera bona distrahere liceret, si pecunia etc.? Es lässt sich nicht bestreiten, dass diese Convention den Inhalt des ursprünglichen Vertrages am wenigsten abgeändert haben würde: nichts destoweniger wurde sie bei Seite gesetzt; und mit Recht: der erste Pfandgläubiger hätte ein sehr einfaches Mittel bei der Hand gehabt, sich einer solchen Verkaufsbeschränkung zu erledigen, die dreimalige Denuntiation. Der Verkauf soll von keiner Bedingung abhängig gemacht werden; eine solche liegt aber in jeder Rangordnung, an welche das Veräusserungsrecht des Gläubigers gebunden wird.

20. Wir kehren zu Fr. 5. De pign. act. zurück. Auffallend erscheint es, dass Pomponius die Zeitbestimmungen nicht in die Reihe derjenigen Beschränkungen aufnimmt, welchen durch dreimalige Denuntiation Genüge geschieht. Und doch ist blosser Zufall in einer praktisch so wichtigen Materie kaum denkbar. Ueberdiess fehlt es in den Pandecten nicht an Beispielen von Zeitconventionen, über deren volle Wirksamkeit nicht der leiseste Zweifel geäussert wird.[1]) Ja in einem derselben findet sich sogar der Termin festgesetzt, nach dessen

[1]) Fr. 8. § 3. De pign. act. — Fr. 75. De furt. (XLVII. 2.) dagegen gehört nicht hierher. Der dies venditionis, dessen Javolen gedenkt, liegt in der Fälligkeit der Schuld.

Ablauf aller weitere Verkauf untersagt ist.[2]) Noch mehr. Selbst Justinian hebt unter den Privatconventionen, welche den Partheien auch nach seinem Gesetz offen behalten werden, diejenigen über die Zeit namentlich hervor.[3]) Sie werden offenbar als solche angesehen, welche dem Inhalt des Verkaufsrechtes Nichts von seiner Vollkommenheit benehmen.

Aus dieser Darstellung ergiebt sich, dass die dem gemeinen Rechte derogirenden Verträge der Partheien je nach ihrem Inhalt eine ganz verschiedene Geltung hatten, und dass die Privatwillkühr nur in einer äusserst beschränkten Sphäre vollkommene Herrschaft behielt.

---

[2]) Fr. 63. De fidei. et mandat. (XLVI. 1.)

[3]) L. 3. C. de iure dom. impetr. — quemadmodum debet distrahi *sive in tempore* sive in aliis conventionibus. — Was unter diesen aliis conventiones zu verstehen ist, scheint mir nicht ganz klar. Jedenfalls sind die conventiones de conditione loco, summa nicht darunter zu befassen, man müsste denn annehmen, dass Justinian das Fr. 5. De pign. act. aufheben wollte.

VII.

Die rechtliche Selbstständigkeit des Verkaufsvertrags.

---

1. Der Vertrag, welcher dem Gläubiger das Veräusserungsrecht einräumt, lässt sich auf keinen der übrigen uns bekannten Contracte zurückführen; er steht völlig selbstständig da und ist nach seinen eigenen Regeln zu beurtheilen. So sehr sich diess von selbst versteht, so wenig ist es dennoch festgehalten worden. Bald wird die Fähigkeit des Gläubigers zum Verkauf aus einem Mandat hergeleitet, bald sein und des Schuldners Verhältniss zum Käufer nach den über die Procuration bestehenden Regeln beurtheilt. Beide Behauptungen sind gleich unrichtig. Der Gläubiger wird durch kein Mandat, sondern durch das pactum de vendendo mit dem Verkaufsrecht ausgerüstet; wo aber ein Mandat gar nicht vorliegt, sondern ein anderer, von diesem wesentlich verschiedener Vertrag, da können unmöglich die Regeln des Mandats die Norm der Beurtheilung bilden. Zum Beweise hiefür könnte man sich einfach darauf berufen, dass das pactum de vendendo weder durch Widerruf, noch durch Veräusserung, noch durch den Tod des Schuldners erlischt, ebenso, dass es dem Gläubiger gar keine Pflicht auferlegt, sondern vielmehr *das Recht* der Veräusserung einräumt: es fehlt aber auch nicht an Ge-

setzesstellen, welche den Unterschied vom Mandat ausdrücklich hervorheben.

Papinianus libro III. responsorum in Fr. 42. De pign. act.

Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, iure cogitur. Nec audiendus erit, si velit emtorem delegare, *quum in venditione*, quæ fit ex pacto, *suum creditor negotium gerat.*

Wer als Mandatar für einen andern verkauft, kann mit der actio mandati zu Nichts weiter als zu der Cession derjenigen Forderungen angehalten werden, welche er als Geschäftsführer selbst erwarb. Der Gläubiger ist aber kein Mandatar, er verkauft vielmehr aus eigenem Recht; desshalb kann er sich der Klage des Schuldners auf Auszahlung des Ueberschusses und der Zinsen nicht durch die Cession seiner Forderung gegen den Käufer entziehen. — Besondere Beachtung verdienen die Worte: venditio, *quæ fit ex pacto.* Die Richtigkeit dieser Lesart, welche erst Cuiacius wieder hergestellt hat, fällt in die Augen. *Ex facto,* wie die Florentina hat, giebt keinen vernünftigen Sinn. Soll man die Worte *quæ fit* zu dem vorhergehenden *in venditione*, und die *ex facto* zu dem folgenden *suum creditor negotium gerat* ziehen? Was kann Papinian unter einer venditio quæ fit verstehen? Und warum soll der creditor gerade nur ex facto nicht als Mandatar dastehen? Die Hinweisung auf den Verkaufsvertrag dagegen enthält einen sehr belehrenden Fingerzeig. Woher nimmt denn der Gläubiger jenes selbstständige Recht, in welchem er nicht als Mandatar auftritt? Antwort: Es ist ihm durch einen besondern Vertrag eigens eingeräumt. Dieser Vertrag muss daher maasgebend sein, nicht die Theorie des Mandats. So enthält der Zusatz: *quæ fit ex pacto* die Rechtfertigung der Behauptung, dass der Gläubiger mit eigenem Rechte dastehe. — Dieser Gesichtspunkt ist äusserst folgenreich. Aus ihm erklärt es sich, dass der Gläubiger ungestraft einen günstigen Augenblick des Verkaufs versäumen kann;[1]) in venditione enim

[1]) Fr. 6. pr. De pign. act.

suum negotium gerit; aus ihm, dass nur die Rücksicht auf sein eigenes Interesse ihn zu leiten braucht,[2]) so weit nicht der Vertrag diess Recht beschränkt; aus ihm, dass weder Widerruf, noch Veräusserung, noch der Tod des Verpfänders das Recht des Gläubigers beeinträchtigt.

2. Ein zweites Zeugniss, nicht minder bestimmt als das des Papinian, liegt in der schon öfters erwähnten Stelle des Gaius II. §§ 62, 64.

§ 62. Accidit aliquando, ut, qui dominus sit, alienandæ rei potestatem non habeat; et qui dominus non sit, alienare possit.

§ 64. Agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum; item procurator [illegible]; item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit. Sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.

Gaius beabsichtigt offenbar eine vollständige Aufzählung derjenigen Fälle, in welchen der Nicht-Eigenthümer giltig veräussert.[1]) Unter ihnen wird das Mandat nicht genannt, wohl aber das pactum de vendendo zu Gunsten des Gläubigers. Durch diese Auszeichnung tritt der Pfandverkauf in einen bestimmten Gegensatz zu der Veräusserung procuratorio nomine; er erscheint als ein Verkauf aus eigenem Recht nicht aus Auftrag. Die Zusammenstellung mit dem curator furiosi und mit dem procurator absentis[2]) bestätigt diese Behauptung. Keiner von beiden veräussert als Mandatar des Eigenthümers, Jeder

---

[2]) Z. B. Fr. 8. De distr. pignor.

[1]) Hieraus folgt, dass nicht jede cura das gleiche Recht gibt, sondern nur die cura furiosi, ja auch diese nur, wenn sie auf einen agnatus, nicht wenn sie auf andere, z. B. die gentiles, fällt.

[2]) Ich verstehe hierunter den procurator, qui legitime procurator dicitur, omnium rerum eius, qui in Italia non sit absitve reipublicæ causa, quasi quidam pæne dominus, hoc est alieni iuris vicarius. Cicero pro Cæc. c. 20. Vgl. Fr. 1. § 1. De procur. (III. 2.) Diese Bestimmung ist zweifelsohne der Inhalt der noch unentzifferten Worte des Gaius. II. § 64.

wie der Eigenthümer selbst. Der Agnat ist durch die XII Tafeln zum curator seines wahnsinnigen Verwandten berufen und mit der potestas sowohl über dessen Person als über dessen Vermögen ausgerüstet;[3]) der procurator, wahrscheinlich in Folge eines besondern Gesetzes,[4]) wird ebenso als Vertreter des Abwesenden zugelassen wie der curator für den furiosus. Alle Rechte, welche dieser von Alters her hatte, werden auch jenem eingeräumt; daher sein Name *procurator*, daher seine Verkaufs-Befugniss; daher seine Zusammenstellung mit dem dominus.[5]) Man sieht, dass auch der procurator absentis nicht in Folge eines Mandats veräussert, so wenig als der curator, wenn er gleich nicht durch gesetzliche Bestimmung, sondern durch den freien Willen des Herrn zum Stellvertreter berufen wird. Die *Unmittelbarkeit* also ist es, welche die Veräusserungsbefugniss des curator und procurator vor der des mandatarius auszeichnet und die Vergleichung derselben mit dem dominus rechtfertigt und erklärt. Die gleiche Unmittelbarkeit muss Gaius auch für den creditor angenommen haben, sonst hätte er ihn nicht mit den erstgenannten auf eine Linie gestellt.

---

[3]) Cic. de invent. II. 50. Si furiosus est, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque eius *potestas* esto. — de republica III. 33. Quum furiosorum bona legibus in adgnatorum *potestate* sint. — Auctor ad Herennium I. 13. Fr. 1. pr. De curator. furioso. (XXVII. 10.) ipso iure desinit esse *in potestate* curatoris. Andere Stellen haben den Ausdruck potestas nicht. So Ulpian XII. 2. Lex XII tabularum furiosum itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum. Varro de R. R. L. 1. c. 2. § 3. I. de curat. (I. 23.) Fr. 3. pr. De tut. (XXVI. 1.) Fr. 13. De cur. fur. (XXVII. 10.) Sehr bezeichnend ist der Ausdruck des Cicero tusc. disput. III. 5. Qui ita sit adfectus, eum *dominum esse rerum suarum vetant XII. tabulæ*.

[4]) Das vermuthet auch Mühlenbruch, Cession. 3. Ausgabe. S. 65. Die Darstellung des Gaius unterstützt diese Annahme. Der creditor wird dem curator und procurator in Betreff der Herleitung seines Rechts offenbar entgegengesetzt. Nur für den creditor allein wird der Wille des Eigenthümers angerufen.

[5]) Cicero pro Cæc. c. 20. Der Vertretene selbst hört auf dominus zu sein. Vgl. tuscul. disput. III. 5. Zu *einem* Vermögen kann sich nur *ein* Herr finden. Daher eben wird Abwesenheit *ausser Italien* verlangt. Wer die Grenzen dieses Landes nicht überschreitet, kann sich seiner Qualität als dominus nicht entäussern.

Der Gläubiger veräussert also nicht als Mandatar, sondern als dominus, obgleich ihm die Sache nicht gehört.

Ueber allen Zweifel wird diess durch die Zurückführung des Verkaufsrechts auf das pactum de vendendo erhoben. Was wäre natürlicher gewesen, als sich auf das Mandat des Eigenthümers zu berufen, wenn ein solches wirklich angenommen worden wäre? Statt dessen finden wir einen Vertrag ganz anderer Art als Grund der Verkaufsbefugniss hingestellt, einen Vertrag, auf den auch Papinian in ähnlichem Sinne zurückweist. Ihm dient er zur Rechtfertigung des suum negotium; seinem Zeitgenossen Gaius zur Erklärung des Satzes, dass der Pfandgläubiger wie ein Eigenthümer veräussere. Beide Sätze enthalten denselben Gedanken.

Die Zusammenstellung des creditor mit dem curator und procurator bezieht sich ausschliesslich auf das Veräusserungsrecht. Ueber die Formen, in welchen das Eigenthum übertragen werden kann, ist dadurch Nichts bestimmt. Und es scheint hierin allerdings ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Pfandgläubiger und den beiden Stellvertretern angenommen werden zu müssen. Die potestas, welche dem agnatus furiosi curator über ein fremdes Vermögen eingeräumt wurde, wäre ohne die Befähigung zur Vornahme der actus legitimi äusserst unvollständig gewesen. Wie konnte man zur Zeit der XII Tafeln eine res mancipi veräussern ohne mancipatio oder in iure cessio? Wer diese dem curator versagt, der beschränkt das ganz allgemeine Verkaufsrecht, wie es Gaius aus den XII Tafeln ableitet, auf die unbedeutendsten, werthlosesten Gegenstände des Vermögens. Dieselbe Machtvollkommenheit wurde späterhin auf den procurator übertragen. Er erschien eben desshalb dem Cicero als ein pæne dominus, ein alieni iuris vicarius.[6]) Anders der Pfandgläubiger. In der Zeit, in welcher diesem das Verkaufsrecht zuerst eingeräumt wurde, hatte das in bonis längst Anerkennung gefunden. Die Berechtigung

[6]) Pro Cæcina c. 20. — is qui legitime procurator dicitur, omnium rerum eius qui in Italia non sit, absitve reipublicæ causa, quasi quidam pæne dominus, hoc est alieni iuris vicarius.

des Gläubigers zur Vornahme der actus legitimi war also von Anfang an entbehrlich. Sie war aber auch unzulässig. Die feierlichen Handlungen schlossen alle Repräsentation aus, mit einziger Ausnahme der Fälle, in welchen die potestas über ein ganzes Vermögen auch sie mit umschloss. Dieser Unterschied trat wohl zu Gaius Zeiten nur selten practisch hervor. Seit der Anerkennung des bonitarischen Eigenthums musste die Befähigung zur Mancipation für den curator und procurator eben so entbehrlich werden, wie sie es für den Pfandgläubiger von Anfang an gewesen war.

4. So bestimmt nun auch die beiden bisher erklärten Fragmente des Papinian und Gaius die Idee der Procuration verwerfen, so soll dieselbe dennoch in einer Stelle des Paulus ausdrückliche Anerkennung gefunden haben. Auf diese Stelle beziehen sich alle unsere Schriftsteller für die Rechtfertigung ihrer Ansicht. Ob mit Grund, das wird die folgende Interpretation zeigen.

Paulus libro XXIII. ad edictum.

In Fr. 29 Fam. erc. (X. 2.)

Si pignori res data defuncto sit, dicendum est, in familiæ erciscundæ iudicium venire: sed is, cui adiudicabitur, in familiæ erciscundæ iudicio pro parte coheredi erit damnandus: nec cavere debet coheredi, indemnem eum fore adversus eum, qui pignori dederit: quia pro eo erit, ac si hypothecaria vel serviana actione petita litis æstimatio oblata sit, ut et is, qui obtulerit, adversus dominum vindicantem exceptione tuendus sit. Contra quoque, si is heres, cui pignus adiudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est. Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit; adiudicatio enim necessaria est, emtio voluntaria; nisi si obiiciatur creditori quod animose licitus est: sed huius rei ratio habebitur, *quia quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset:* et eius, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori.

Wir theilen unsere Erörterungen über diess viel bespro-

chene Fragment in zwei Theile. Zuerst sollen die allgemeinen Grundsätze über Pfandadiudication dargestellt, sodann die einzelnen Theile der vorliegenden Stelle erläutert werden.

Unter mehrern Erben eines Pfandgläubigers wird die persönliche Schuldklage nach dem Verhältniss der Erbportionen getheilt. Das schrieben schon die XII Tafeln vor. Daher waren die Forderungen kein Gegenstand des familiæ erciscundæ iudicium.[1]) Anders steht es mit dem Pfandrecht. Die hypothekarische Klage ist in rem, fällt mithin nicht unter die angeführte Bestimmung der Decemviralgesetzgebung. Jedem Erben haftet die ganze Pfandsache;[2]) jedem steht sowohl die Klage als das Verkaufsrecht in solidum zu, nicht anders als dem Erblasser selbst. Das familiæ erciscundæ iudicium muss sich daher auch auf das Pfand erstrecken;[3]) daneben ist die actio communi dividundo für den Fall unentbehrlich, wenn das pignus ungetheilt zurückgeblieben ist.[4]) In den Mitteln, welche dem Theilungsrichter zur Lösung seiner Aufgabe eingeräumt

---

1) Fr. 2. § 5. Fr. 3. Fr. 4. pr. fam. erc. L. 6. C. fam. erc. Ea, quæ in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, cum ipso iure in portiones hereditarias ex lege XII tabularum divisa sint.

2) L. 1. C. si unus ex plurib. hered. (VIII. 32.) Impp. Valerianus et Gallienus. Manifesti et indubitati iuris est, defuncto creditore multis relictis heredibus, actionem quidem personalem inter eos ex lege XII tabularum dividi, pignus vero in solidum unicuique teneri. Die pignoraticia directa steht freilich, als persönliche Klage, gegen jeden Erben nur pro ea parte qua heres est, zu. Besitzt aber ein Erbe das Ganze, so soll der Richter diesem die Restitution des Ganzen auferlegen. Das wird durch die Analogie des commodatum über allen Zweifel erhoben: Ulpian in Fr. 3. § 3. Commod. (XIII. 6.) Heres eius, qui commodatum accepit, pro ea parte, qua heres est, convenitur: nisi forte habuit facultatem totius rei restituendæ nec faciat: tunc enim condemnatur in solidum, quasi hoc boni iudicis arbitrio conveniat.

3) Denn diess Rechtsmittel ist dazu bestimmt, die Erben völlig auseinander zu setzen. Fr. 1. § 1. Fr. 2. pr. Fr. 30. Fam. erc. Hiezu Cuiacii opp. t. VII. pag. 486. E.

4) Fr. 20. § 4. Fam. erc. Doch kann hier nur das utile communi dividundo iudicium zur Anwendung kommen. Miterben sind nicht anders zu beurtheilen, als andere Mitpfandgläubiger. Von diesen spricht Ulpian in Fr. 7. §§ 6. 12. Comm. divid. (X. 3.) Vgl. Fr. 44. pr. Fam. erc. Fr. 34. Pro socio. (XVII. 2.) Besitz des Klägers wird nicht verlangt. Fr. 1. § 1. Fam. erc.

werden, tritt keine Beschränkung ein. Namentlich wird die Adiudication auch auf das Pfand angewendet. Nicht weniger frei ist das richterliche Ermessen in der Bestimmung des Adiudications-Preises. Doch dürfte hierin folgende Regel beobachtet worden sein: Uebersteigt der Werth des Pfandes die Höhe der Forderung, dann hat es kein Bedenken, die Sache dem Einen zuzuschlagen und diesen dem Mitgläubiger zur Bezahlung seines Antheils zu condemniren.[5]) Für den Fall des offenbaren oder wahrscheinlichen Minderwerths dagegen ist die Versteigerung unter den Partheien (die Licitation) der sicherste und daher der gewöhnlichste Weg.[6]) Für beide Fälle bietet sich die Frage dar: Welches sind die Folgen der Pfandadiudication für den Adiudicatar, welches für den unterliegenden Erben?

Die Adiudication wird von den Alten einzig und allein als Erwerbsart des *Eigenthums* genannt;[7]) ja sogar des quiritarischen, wenn in Folge eines legitimum iudicium,[8]) und auf die Worte der Theilungsformel: quantum adiudicari oportet, iudex Titio adiudicato, zurückgeführt.[9]) Auf diese stützt sich nun auch der Zuschlag der Pfandsache. Was kann daher der Gläubiger anders erwerben als das Eigenthum? Hiefür scheinen auch einzelne Beispiele zu sprechen. Wenn von zwei Mit-

---

5) Nach Analogie von Fr. 7. § 12. Comm. divid. (X. 3.) Vgl. Fr. 10. § 2. D. eod. Es ist sehr wichtig, diess Verfahren festzuhalten. Es wird auf diese Weise zum Voraus eine Controverse entfernt, welche viele Schriftsteller beschäftigt hat, nämlich die Frage: welche Bewandtniss es mit dem Gebot über die Schuldsumme hinaus habe, ob der Schuldner auch diess ersetzen müsse? S. Cuiacius ad Fr. 29. Fam. erc. (opp. t. VII. p. 553. B.) Sintenis, Pfandrecht. S. 454.

6) Nöthigenfalls werden auch Fremde zum Bieten zugelassen. L. 3. C. comm. divid. (III. 37.) — ad licitationem nonnunquam etiam extraneo emtore admisso, maxime si se non sufficere ad iusta pretia alter ex sociis, sua pecunia vincere vilius licitantem profiteatur.

7) Ulpian Fr. 19. §§ 2. 16. § 2. I. de offic. iud. (IV. 17.) Die Worte des Paulus in Fr. 44. § 1. Fam. erc. Si familiæ erciscundæ vel communi dividundo actum sit, adiudicationes prætor tuetur, exceptiones aut actiones dando, beziehen sich auf fremde in gutem Glauben getheilte Gegenstände.

8) Vatic. Fr. § 47.

9) Gaius IV. § 42.

eigenthümern jeder seinen Antheil verpfändet und nun durch den Theilungsrichter dem einen der Gläubiger die Hälfte des Andern adiudicirt wird, so erwirbt der Adiudicatar das Eigenthum. So entscheidet Ulpian.[10]) Dasselbe ist der Fall, wenn nur von der einen Seite der Gläubiger, von der andern dagegen der Eigenthümer in dem Theilungsprocess auftritt.[11]) Dennoch wird die Adiudication des Pfandes unter mehreren Miterben anders behandelt. Der Adiudicatar erhält kein Eigenthum. Das Eigenthum bleibt dem Schuldner, der nach wie vor das Recht der Luition besitzt. So entscheidet derselbe Ulpian zwischen zwei Gläubigern, welchen zugleich und ohne alle Theilung ein Pfandrecht eingeräumt wurde, die also mehrern Miterben völlig gleichstehen.[12]) Diese Verschiedenheit ist leicht zu rechtfertigen. Die Gläubiger mehrerer Miteigenthümer theilen ja an der Stelle ihrer Schuldner das *Eigenthum*, mehrere Erben eines Pfandgläubigers dagegen das *Pfandrecht*. Was aber nicht getheilt wird, das kann auch nicht adiudicirt werden. So schien sich die Abweichung von der alten technischen Bedeutung des Ausdrucks adiudicatio von selbst zu

---

10) Fr. 7. § 13. Comm. divid. Si debitor communis prædii partem pignori dederit, et a domino alterius partis provocatus creditor eius, aut ab alio creditore alterius debitoris, licendo superaverit, et debitor eius, cui res fuit adiudicata, velit partem suam recuperare soluto eo, quod ipse debuit, eleganter dicitur, non esse audiendum, nisi et eam partem paratus sit recuperare, *quam creditor per adiudicationem emit*. Nam et si partem vendideris rei et prius, quam traderes emtori, communi dividundo iudicio provocatus fueris, alteraque pars tibi adiudicata sit, consequenter dicitur, ex emto agi non posse, nisi totam rem suscipere fuerit paratus, quia hæc pars beneficio alterius venditori accessit; quin immo etiam ex vendito posse conveniri emtorem, ut recipiat totum. Solum illud spectandum erit, num forte fraus aliqua venditoris intervenit. Sed et si distracta parte cesserit victus licitatione venditor, æque pretium ut restituat ex emto tenebitur. Hæc eadem et in mandato ceterisque huius generis iudiciis servantur.

11) L. 2. C. comm. div. (III. 37.) von den Worten: idem præses provinciæ bis zu Ende. Ueberdiess Fr. 7. § 13. D. c.

12) Fr. 7. § 12. Comm. div. Inter eos, qui pignori acceperunt, talis divisio fieri debet, ut non vero pretio æstimetur pars, sed in tantum duntaxat, quantum pro ea parte debetur et assignetur quidem pignus uni ex creditoribus, *licentia tamen non denegetur debitori debitum offerre, et pignus suum luere*.

verstehen. Ulpian ersetzt ihn geradezu durch den unbestimmtern: assignetur.[13]) Die Umschreibung: *eigenthümlich zuschlagen,* deren sich Sintenis[14]) bedient, ist daher nicht zu billigen.

Aber nicht nur kein Eigenthum, auch kein Pfandrecht wird durch die Adiudication übertragen.

Der Adjudicatar hat ja das Pfandrecht kraft eigenen Rechts als Erbe und zwar das Pfandrecht an der ganzen Sache, nicht etwa blos an einer seinem Erbtheil entsprechenden pars pro indiviso und zwar für die ganze Summe, für welche es ursprünglich bestellt worden war. Eben so wenig findet eine Cession der persönlichen Forderung statt. Denn diese ist bis zum Betrag des auf den abgefundenen Erben fallenden Antheils an der Licitationssumme getilgt. Für den Mehrbetrag aber bleibt sie in der Person des noch unbefriedigten Erben zurück. Damit stimmt die oben abgedruckte Stelle aus Paulus liber XXIII ad edictum überein. Hier werden die Rechtsmittel angegeben, mit welchen der Pfandadiudicatar den Ersatz seiner Auslage, d. h. der an den Miterben ausgezahlten Licitationssumme, verlangen kann. Sie bestehen in der exceptio doli gegen die vindicatio des Schuldners, der sein Pfand ohne Oblation derjenigen Summe, von welcher es durch die Auslage des jetzigen Besitzers liberirt worden ist, zurückverlangt; ferner in einer selbstständigen Klage, nämlich in der contraria pignoraticia actio.[15]) Von einem weitern Rechtsmittel ist keine Rede, mithin sowohl die persönliche Schuldklage, als auch die actio hypothecaria und das Verkaufsrecht aus der Person des unterliegenden Miterben entschieden ausgeschlossen. Ja die exceptio

---

[13]) Fr. 7. § 12. D. c.

[14]) Pfandrecht. S. 448.

[15]) Sintenis (Pfandrecht. S. 457.) beruft sich auf Fr. 19. Qui potiores, um zu beweisen, dass der Adjudicatar die Abtretung der persönlichen Schuldklage fordern kann. Er verwechselt dabei offenbar das Angebot der ganzen Schuldsumme, durch welches der Beklagte Absolution von der hypothecaria erwirbt, mit der litis æstimatio, welche nicht immer die Höhe der Forderung erreicht und die schon erfolgte Condemnation voraussetzt. Was für jene gilt, gilt nicht auch für diese. Die Licitations-Summe tritt aber an die Stelle der letztern und hat mit der oblatio totius debiti nichts zu schaffen.

doli wäre mit der Annahme eines Pfandrechts für die ganze Forderung, eigene sowohl als durch Abzahlung erworbene, geradezu unvereinbar.

Das Resultat lässt sich dahin feststellen, durch die Adiudication wird weder das Pfandrecht des Miterben, noch viel weniger das Eigenthum auf den Adjudicatar übertragen.

Nicht geringere Schwierigkeiten bietet die Beantwortung der zweiten Frage: welche Bedeutung hat die Pfandadiudication für den unterliegenden Erben? Wollte man der Analogie des *Eigenthumszuschlags* folgen, so müsste der Untergang des Pfandrechts in der Person des überbotenen Erben angenommen werden. Denn die Adiudication des Eigenthums an A spricht dasselbe dem B. nothwendig ab. Gegen diese Analogie erheben sich jedoch verschiedene Bedenklichkeiten. Dem Pfandgläubiger wird durch die Adiudication kein neues Recht übertragen wie dem Eigenthümer. Warum sollte denn auf der andern Seite das alte Recht erlöschen? Ueberdiess wird von einem Untergang des Pfandrechts durch Adiudication in unsern Quellen nirgends gesprochen. Aber auch auf anderweitig anerkannte Erlöschungsarten kann die Adiudication nicht zurückgeführt werden. An eine Remission des Pfandes gegen Erstattung seines Geldwerths ist nicht zu denken; die Remission ist ein freiwilliger Akt, die Adiudication eine Rechtsnothwendigkeit. Eben so wenig haben wir es mit einer Pfandveräusserung zu thun. Denn diese verlangt den Verkauf des verpfändeten *Eigenthums*, die Adiudication aber beeinträchtigt das Eigenthum des Schuldners nicht im mindesten. Dazu kommt die Gleichstellung des Adiudicatars mit dem Besitzer einer Pfandsache, der durch Leistung der Litisæstimation die Pfandklage befriedigte. Denn daran ist nicht zu denken, dass der Pfandgläubiger gegen eine die Höhe seiner Forderung nicht erreichende Litisästimation[16]) sein Pfandrecht einbüssen sollte. Nur gegen denselben Beklagten kann er mit seiner Klage nicht nochmals durchdringen, wohl aber gegen andere, nament-

[16]) Fr. 7. § 12. Comm. div.

lich gegen den Schuldner selbst. So lange die Pfandschuld nicht bis auf den letzten as getilgt ist, sind die Bedingungen der hypothecaria stets noch erfüllt. Was aber für den dritten Besitzer gilt, das findet nothwendig auch Anwendung auf den überbotenen Erben; denn auch dieser hat sein Pfandrecht gerichtlich verfolgt und die Litisästimation davon getragen. Auch er ist daher noch ferner zu der hypothecaria zuzulassen, und kann nur von dem, welcher die Litisästimation schon geleistet hat, d. h. von dem Adiudicatar, durch die exceptio rei iudicatæ abgewiesen werden.

Wenn nun aber der überbotene Erbe sein Pfandrecht nicht verliert und andererseits der Adiudicatar kein neues erhält noch zum Eigenthümer erhoben wird, so fragt sich, welche sonstige Wirkung denn der adiudicatorischen Sentenz beizulegen ist? Unseres Erachtens keine andere als dieselbe, welche jeder richterlichen Sentenz überhaupt zukommt. Der Adiudicatar wird gegen die hypothecarische Klage des Miterben durch die exceptio rei iudicatæ und gegen diese exceptio selbst durch die replicatio: si secundum me iudicatum non est, in Schutz genommen. Darüber lässt Fr. 16. § 5. De P. et H. keinen Zweifel. Die Adiudication des Pfandes wirkt also wie jede res iudicata nur unter den Parteien, welche sich in dem familiæ erciscundæ iudicium gegenüber standen. Dritte werden durch sie nicht berührt. Gegen diese können auch jetzt noch sämmtliche Erben mit der Pfandklage durchdringen; sie werden aber ihrerseits der Klage des Adiudicatars erliegen. [17])

Nach dieser Darstellung der leitenden Grundsätze schreiten wir zu der Interpretation des Fr. 29. Fam. erc. selbst. Sie wird das Gesagte theils erläutern, theils einfach bestätigen.

Der Erbe B erhielt ein seinem Erblasser übergebenes Pfand um die Summe von zwei Hundert zugeschlagen, und wurde dem Miterben A zur Bezahlung seines Antheils an dieser Ad-

---

[17]) Nicht anders als der nachfolgende Gläubiger der hypothecaria des erstern. Fr. 12. Qui potiores. — sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget, et adiudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem.

iudicationssumme verurtheilt.[18]) B verlangt nun von A Caution für den Fall, dass die von ihm ersteigerte Sache ohne Ersatz des Preises der zwei Hundert von dem Eigenthümer abgefordert werden sollte.[19]) Paulus verwirft diess Gesuch. Denn Cautionen können nur da bestellt werden, wo die ordentlichen Rechtsmittel nicht die gehörige Sicherheit gewähren.[20]) In dem vorliegenden Falle aber fehlt es an solchen nicht. Dem B steht nämlich die exceptio doli gegen die Vindication des Eigenthümers zu Gebote. Die zwei Hundert, für welche das Pfand adiudicirt worden ist, sind als Litisästimation zu betrachten, durch welche B die Pfandklage des A befriedigte. Ihre Leistung vermindert die auf der Pfandsache lastende Schuld, kommt also dem Eigenthümer zu gut. Der Eigenthümer wird eben desshalb durch die doli exceptio zum Ersatz derjenigen Summe angehalten, welche zur Erleichterung seines Eigenthums verwendet wurde.[21])

Der Adjudicatar ist aber nicht auf die Rolle eines Beklagten beschränkt; er kann umgekehrt[22]) auch selbst klagend auftreten. Sein Gesuch um Rückgabe des ganzen Pfandes[23]) darf nicht abgewiesen werden.

---

18) Mehrere Interpreten unserer Stelle gehen von einer ganz anderen Voraussetzung aus. Sie behaupten, die Adjudication könne nur gegen die Condemnation in die ganze Forderung des unterliegenden Miterben geschehen. So Glück, Erläuterung. B. XI. S. 58. am Ende. Cuiacius ad tit. D. fam. erc. Opp. VII. p. 547. D. So schon die Glosse. Allein unter der damnatio *pro parte* ist die Verurtheilung in den Antheil der Licitations-Summe zu verstehen.

19) Zu den Worten: nec cavere debet coheredi, ist der heres, qui victus licitatione cessit als Subject zu denken, nicht der cui res adiudicata est, obwohl von diesem zuletzt die Rede war.

20) Fr. 14. § 1. Ut legat. seu fideic. (XXXVI. 3.)

21) Fr. 2. Quib. mod. pign. Si creditor serviana actione pignus a possessore petierit et possessor litisæstimationem obtulerit, et ab eo debitor rem vindicet, non aliter hoc facere concedetur, nisi prius ei debitum offerrat.

22) *Contra*, d. h. mutatis partibus. Von einer Hindeutung auf das contrarium iudicium, welche Cuiacius und nach ihm Andere bemerken wollen, kann ich nichts entdecken. Vgl. Fr. 49. Mandati (XVII. 1.)

23) Totum sc. pignus. Die Glosse ergänzt debitum. Dagegen schon Cuiacius (l. c. p. 551.), der für seine Meinung folgendes Scholion des Cyrillus an-

Contra quoque, si is heres, cui pignus adiudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est.

Paulus bringt hier die Regel zur Anwendung, welche Ulpian in Fr. 7 § 13 Comm. div. (X. 2.) für alle bonæ fidei iudicia aufstellt. Der durch Adiudication erworbene Theil muss mit demjenigen, auf welchen ursprünglich contrahirt wurde, von dem Schuldner zurückgenommen werden. So wird der Verkäufer einer pars pro indiviso den Käufer zur Annahme der ganzen Sache nöthigen, wenn ihm diese noch vor der Tradition im Theilungsprozess richterlich zugeschlagen worden ist. Ebenso sieht sich der Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger die ihm adiudicirte Hälfte des bisherigen Miteigenthümers mit der von ihm selbst zum Pfand hingegebenen abzunehmen. Dasselbe Recht räumt nun Paulus dem Miterben ein, welchem das ganze Pfand richterlich zugeschlagen wurde. Es ist zwar nicht zu läugnen, dass sich dieser Fall von den Beispielen, mit welchen Ulpian selbst seine Regel erläutert, wesentlich unterscheidet. Der Erbe des Pfandgläubigers hat das Pfandrecht an der *ganzen* Sache in derselben Ausdehnung, in welcher es dem Erblasser zustand; in seiner Person kann also nicht von einer ursprünglich übertragenen und einer erst späterhin durch Adiudication erworbenen Hälfte die Rede sein: Allein diese Verschiedenheit in dem Gegenstande der Adiudication ist für die Pflicht des Schuldners zur Uebernahme der adiudicirten Sache ohne Bedeutung. Der weitere Verlauf unserer Stelle lässt darüber keinen Zweifel. Paulus geht von der Pfandadiudication unter Miterben ohne Bedenken auf die Eigenthumsadiudication an den Pfandgläubiger einer pars pro indiviso über. Denn die Worte: non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit, sprechen ausdrücklich von einem Pfandgläubiger, der die ihm nicht verpfändete Hälfte des bisherigen Mitinteressenten ankauft, nicht von einem Erben, der

---

führt: καὶ ἔχει ἀγωγὴν εἰς τὸν χρεώστην ἀναγκάσας ἀναξέσασθαι τὸ ἐνέχυρον und ἐξεστὶ τῷ κληρονόμῳ ἀναγκάζειν, καὶ μὴ βουλόμενον ἀναλάβειν τὸ ἴδιον ἐνέχυρον.

seinen Miterben freiwillig abfindet.[24]) Dieselbe Fassung hat Paulus in seinem Entscheidungsgrunde beibehalten: quia quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset. Er spricht auch hier von dem Pfandgläubiger überhaupt, ohne die Pfandadiudication unter Miterben von jener zwischen dem Pfandgläubiger und dem Miteigenthümer genauer zu unterscheiden. Die Verpflichtung des Schuldners zur Uebernahme der ganzen Pfandsache wird ausdrücklich auf die Adiudication beschränkt. Ein Kauf, welchen der Pfandgläubiger aus freiem Antrieb abschloss, berechtigt niemals zur Rückgabe.[25])

Paulus schliesst noch einen zweiten Fall aus. Auch bei der Adiudication soll der Gläubiger nicht immer mit seiner Forderung auf Rücknahme gegen Ersatz des Kaufpreises angehört werden. Dem Schuldner fällt ein zu hohes Gebot nicht zur Last. Die Worte: *nisi si animose licitus est*[26]) weisen also auf *audiendus est* zurück, wovon sie durch den Zwischensatz: non idem dici potest etc. getrennt sind. Hier tritt Ermässigung des Kaufpreises ein. Das ist der Sinn der Worte: *huius rei ratio habebitur.*[27]) Sie schliessen sich an die unmittelbar vorhergehenden: quod animose licitus est, an: den Einwurf eines zu hohen Gebots, sagt Paulus, muss der Richter berücksichtigen.

Dieser Theil des Entscheides wird nun in dem Schlusssatze der Stelle folgendermaassen begründet:

Sed huius rei ratio habebitur, *quia quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset, et eius, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro*[28]) *est actio creditori.*

---

[24]) Cuiacius (l. c. p. 552. C.) hat diess übersehen und tadelt ohne Grund die Glosse, welche sich auf Fr. 7. § 13. Comm. div. beruft.

[25]) Accursius will die Worte: non idem dici potest, emendiren und gerade umgekehrt lesen: immo idem dici potest.

[26]) Für die Ausdrucksweise vgl. Fr. 36. § 1. Mand. (XVII. 1.)

[27]) A. Faber. Rationalia ad h. Fr. sed huius rei ratio *non* habebitur! Vgl. Wolff. De pignore a creditoris heredibus in familiæ erciscundæ iudicium deducto. Kiliæ. 1843. p. 72.

[28]) Sehr alt ist die Lesart ultra, gegen welche schon Cuiacius (l. c. p. 553. B.) auftritt. Haloander liest: ut et eius quod propter necessitatem vel

Offenbar liegen hier zwei verschiedene Motive vor: die Analogie des Mandats und das besondere Recht der Pfandgegenklage. Der Gläubiger wird zunächst als procurator des Schuldners behandelt und wie dieser mit seinem Gesuche um Ersatz des zu hohen Gebotes abgewiesen. Ueberdiess aber, fährt Paulus fort, würde sich die actio pignoraticia contraria, deren sich der Adiudicatar allein bedienen kann, gar nicht zur Geltendmachung einer übertriebenen Licitationssumme eignen, denn nur für nothwendige Auslagen, nur für das, quod *propter necessitatem* impensum est,[29]) vermag sie Ersatz zu verschaffen. Aber, wird man fragen, wozu diese Berufung auf die Theorie der Pfandgegenklage noch neben der Analogie der Mandatsverhältnisse? Wozu ein zweites Motiv, wenn das erste schon hinreicht? Die Antwort hierauf liegt in folgender Betrachtung:

Das römische Recht bietet dem Pfandgläubiger nur eine einzige Klage zur gerichtlichen Geltendmachung seiner Gegenansprüche, die pignoraticia contraria actio. Diese hatte zu Paulus Zeit ihre feste ins Einzelne ausgebildete Theorie, welche allein über die Möglichkeit ihrer Anstellung entschied. Was sich mit ihr nicht vereinigen, nicht auf sie zurückführen liess, dafür fehlte es an jedem Mittel der Geltendmachung. So konnte auch das Ergebniss, zu welchem die Analogie der Mandatsverhältnisse führte, nur so weit gerichtliche Anerkennung finden, als es sich mit der Theorie der pignoraticia contraria vereinigen liess. Paulus durfte es daher nicht unterlassen, auf diese hinzuweisen und darauf aufmerksam zu machen, dass sie

---

ultra impendit, sit actio creditori. — Den Ausdruck *ultro* hat man meist durch die Worte: etiam sine directa erklärt. So Schulting ad h. f. Es kann nun nach Fr. 17. § 1. Commod. (XIII. 6.) kein Zweifel sein, dass die contraria auch ohne die directa angestellt werden kann. Eine andere Frage aber ist die: ob Paulus in unserer Stelle gerade diese Eigenschaft durch das Wort ultro andeuten wollte. Diess ist sehr unwahrscheinlich. Nur die Möglichkeit, mit der pignoraticia contraria aufzutreten, soll nachgewiesen werden; ob mit oder ohne directa, ist für diese Frage ganz gleichgiltig. Ultro bezeichnet überhaupt die contraria actio. Fr. 19. Mand. (XVII. 1.)

[29]) Fr. 8. pr. De pign. act.

sich zur Rückforderung eines zu hohen Gebotes gar nicht eigne.[30])

Die Interpretation des Fr. 29. Fam. ercisc. ist nunmehr vollendet. Sie beweist wohl zur Genüge, dass die Analogie der Procuration mit dem Pfandverkauf nichts zu schaffen hat. *Paulus spricht von der Pfandadiudication allein, nicht von dem Pfandverkauf.* Und diese haben nicht die geringste Aehnlichkeit. Von der Veräusserung des verpfändeten Eigenthums und der Befriedigung aus dem Erlös ist bei der Adiudication keine Rede. Im Gegentheil, die Pfandveräusserung bleibt dem Adiudicatar vorbehalten. Noch mehr. *Der Gesichtspunkt der Procuration wird auf den Kauf und nicht auf den Verkauf angewendet.* Der Gläubiger *erwirbt* als procurator; von einer Veräusserung procuratorio nomine ist keine Rede.

So besteht in der That zwischen den Stellen des Papinian und Gaius und dem Fragment des Paulus kein Widerspruch. *Jene reden von dem Pfandverkauf, dieser von dem Erwerb durch Adiudication.* Ein Widerspruch würde erst durch die Uebertragung der Procurations-Analogie von dem Kauf auf den Verkauf, von der Adiudication auf die Veräusserung des Pfandes hervorgerufen. Eine solche aber ist völlig willkührlich. Der Pfandverkauf darf mit keiner der übrigen Befugnisse eines Pfandgläubigers zusammengestellt werden. Er beruht auf einem besondern Vertrag und hat seine eigene Rechtstheorie. Aber nicht nur dem Verkauf selbst ist der Gesichtspunkt der Procuration völlig fremd: auch vor dem Verkauf werden die Pfandverhältnisse keineswegs ausschliesslich von ihm beherrscht. Die actio pignoraticia hat ja ihre besondern Regeln, und ist nirgends auf die Grundsätze des Mandats verwiesen. Nur allein

---

30) Sintenis, Pfandrecht S. 452, hat diesen Zusammenhang so sehr verkannt, dass er sogar die Anwendbarkeit der pignoraticia contraria actio bestreitet. Er will dem Adiudicatar nicht diese, sondern die persönliche Schuldklage des unterliegenden Erben oder die Geschäftsklage einräumen! Für diese Behauptung wird die Wendung der Basiliken: ἴχει γὰρ — εἰς ὁλόκληρον ἀγωγὴν κατὰ τοῦ χρεώστου angeführt. Allein diese können unter dem Zusatz: εἰς ὁλόκληρον eben so gut auch das ganze Gebot im Gegensatz der auf den unterliegenden Erben fallenden Hälfte verstanden haben.

die Stellung des Gläubigers im Theilungsprozess und die Folgen der gerichtlichen Adiudication werden auf die Analogie der Procuration zurückgeführt. Für sie bot die Theorie der pignoraticia keine besondern Regeln. Für sie blieb daher kein anderer Ausweg als die Vergleichung verwandter Verhältnisse.

4. Die Analogie der Procuration muss also bei der Beurtheilung des Pfandverkaufs aufgegeben werden. Und nun ist es kaum noch nöthig, darauf aufmerksam zu machen, wie wenig sich das Verkaufsrecht selbst aus einem Mandat herleiten lässt. Nur das pactum de vendendo pignore giebt dem Pfandgläubiger jenes Recht und zwischen diesem pactum und dem Mandat ist ein himmelweiter Unterschied. Hiermit ist jedoch noch nicht Alles erklärt. Eine Schwierigkeit bleibt zurück: die *Unabhängigkeit der Verkaufsbefuguiss von der Veräusserung des Verpfänders.* Diese erklärt Gaius nicht;[1]) diese würde man auch vergeblich aus dem Inhalt des Vertrags zu enträthseln suchen. Ihre Erklärung liegt vielmehr in der eigenthümlichen Verbindung der Verkaufsberedung mit dem Pfandvertrag. Das pactum de vendendo tritt zu dem Pfandvertrag in das Verhältniss einer lex contractus;[2]) es nimmt die Stellung einer untergeordneten Clausel des Hauptvertrages ein, und theilt als solche dessen Vorzüge. Nun überdauert es den Eigenthumswechsel, weil ihn der Pfandvertrag selbst überdauert. Was es durch seine eigene Kraft nie vermocht hätte, das wird ihm durch seinen Anschluss an das Pfandrecht zu Theil. Und dieser musste durch die stillschweigende Ergänzung des Verkaufsvertrags nicht wenig begünstigt werden. Nun erst erschien die Incorporation als vollendet. So gewann der Pfandverkauf jene Doppelnatur, die ihn einerseits den obliga-

---

[1]) Gaius II. § 64. Das «forsitan», dessen er sich bedient, bezieht sich wohl gerade auf die Wahrnehmung, dass der Verkaufsvertrag Etwas erklärt, aber nicht Alles, nämlich nicht die Unabhängigkeit des dadurch eingeräumten Rechtes von der Veräusserung des Eigenthümers.

[2]) Daher der häufige Ausdruck: legem contractus exercere, von dem Pfandverkauf.

torischen Rechten an die Seite stellt, andererseits den Sachenrechten anreiht. Mit beiden hat er einzelne Eigenschaften gemein, von beiden unterscheidet er sich wieder in anderen. In keinem Theile des römischen Rechts findet sich eine ähnliche Erscheinung. Daher bestand unsere Aufgabe nicht sowohl in der Zurückführung auf allgemeine Prinzipien als in der Analysirung der uns vorliegenden Rechtsgestaltung selbst.

5. Die Verbindung der Verkaufsbefugniss mit der Pfandklage führte zu der Auffassung des pignus als ius in re. Der Begriff des ius in re lässt sich durch die Klage allein nicht rechtfertigen; er umfasst mehr als sie. Ja beide Begriffe bilden in der Regel einen bestimmten Gegensatz. So wird in der Person des Usufructuars das Recht selbst von der Vindication desselben bestimmt unterschieden. Die Klage dient einzig und allein als Mittel der gerichtlichen Geltendmachung des Rechts; das Recht hat seinen besondern Inhalt und ist von dem Bestehen der Klage völlig unabhängig.[1]) Dasselbe gilt von den übrigen Servituten, ebenso von dem Eigenthum. Dem Pfandrecht dagegen fehlte ein ähnlicher Gegensatz. Der Pfandgläubiger hatte die Klage allein und verlor mit ihr alles. Für ihn konnte daher nur von einer actio, nicht auch von einem ius in re die Rede sein. Nun aber verband sich mit der Klage das Verkaufsrecht, ja dieses wurde bald ihr nothwendiger, unzertrennbarer Begleiter. Jetzt hatte auch der Pfandgläubiger mehr als eine blosse Klage, er hatte daneben noch einen besondern Anspruch an die Sache, nicht anders als der Usufructuar und andere Servitutberechtigte. Ja die Aehnlichkeit mit ihnen setzte sich in dem Verhältniss von Klage und Recht fort. Die actio hypothecaria diente dem Pfandgläubiger zur gerichtlichen Geltendmachung seiner Verkaufsbefugniss, wie die confessoria dem Niessbrauchberechtigten zur Verfolgung des ususfructus. Kein Wunder, dass man nun auch der Pfandklage ein ius in re an die Seite setzte.

---

[1]) Fr. 27. pr. De nox. action. (IX. 4.) oben III. 1.

Und doch scheint diese Auffassung keineswegs sehr verbreitet gewesen zu sein. Sie findet sich in zwei Stellen allein, und auch hier nur auf Veranlassung einer Zusammenstellung des pignus mit andern Sachenrechten.[2]) Ein wissenschaftliches Interesse hatte sie in der That nicht. Die Theorie ruhte nach wie vor auf der Klage allein; ein Recht, das diese überdauert hätte, wie der ususfructus die confessoria, das Eigenthum die vindicatio, stand dem Pfandgläubiger auch jetzt nicht zu. Von einer Uebertragung der Servituten-Grundsätze war vollends nie die Rede.

---

[2]) Fr. 30. De nox act. (IX. 4.) Fr. 19. pr. De damno infecto. (XXXIX. 2.)

VIII.

Die Einräumung des Verkaufsrechts von Seite eines bonæ fidei possessor und eines prædo.

Wir haben in der bisherigen Darstellung ausschliesslich auf die vollgiltige Verpfändung Rücksicht genommen. Aber wie, wenn ein bonæ fidei possessor oder gar ein Besitzer ohne alles Recht, ein prædo, fremdes Eigenthum verpfändet? Wird die Verkaufsbefugniss auch die serviana mit publicianischem Recht begleiten? oder in der Person des prædo sogar allein, ohne alle Klage, zugelassen? Der Betrachtung dieses Verhältnisses ist der folgende Abschnitt gewiedmet.

Wer selbst kein Eigenthum überträgt, kann auch keinem Dritten das Recht der Uebertragung einräumen. Insofern bleibt der mit dem blossen Besitzer geschlossene Verkaufsvertrag ohne alle rechtliche Wirkung. Und hierin steht der bonæ fidei possessor nicht besser als der prædo. Der Unterschied, welcher rücksichtlich der Pfandklage zwischen Beiden stattfindet, setzt sich in dem Verkaufsrecht nicht fort. Auch der publicianischen serviana ist die Pfandveräusserung fremd. Der Verkauf einer solchen Pfandsache kann daher nie als Pfandverkauf, mithin auch der Erlös nicht als Pfanderlös angesehen und behandelt werden. Auf der andern Seite erscheint es

aber ebenso unzulässig, den Pfandinhaber einfach als Besitzer einer fremden Sache, seinen Verkauf als Verkauf eines fremden Eigenthums aufzufassen. Denn dazu würde es ohne die Verpfändung gar nie gekommen sein. *So ist die Veräusserung zwar keine Pfandveräusserung, aber doch durch die Verpfändung veranlasst; ebenso der Erlös kein Pfanderlös, aber doch aus Anlass eines Pfandvertrags gewonnen.* Dieser wenn auch nur rein äusserliche Zusammenhang giebt dem Verpfänder doch immer einen nähern Anspruch auf den Verkaufspreis als dem Gläubiger. Der Erlös wird daher auch hier auf die Forderung abgerechnet, also von dem Schuldner, nicht von dem Gläubiger lucrirt.

Die Verpfändung des Nicht-Eigenthümers gewinnt somit dieselbe Wirksamkeit wie jene des Eigenthümers. Die eine führt nicht weniger als die andere zu der Befriedigung aus dem Erlös. Ueberdiess haben wir hier einen Verkauf ohne alle Klage, selbst ohne die serviana mit publicianischem Recht, eine Anomalie, welche sich nur aus dem hervorgehobenen Unterschied zwischen einem wahren Pfandverkauf und dem durch die Verpfändung äusserlich veranlassten Verkauf erklären lässt.

Die hier behandelte Frage wird von Tryphonin in dem VIII. Buch seiner Disputationen, welches vorzüglich dem Pfandrechte gewidmet war,[1]) folgendermaassen besprochen:

Fr. 12 § 1 De distr. pign.

Si aliena res pignori data fuerit, et creditor eam vendiderit, videamus an pretium, quod percepit creditor, liberet debitorem personali actione pecuniæ creditæ. Quod vere responderetur, si ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur; quia ex contractu, et quali quali obligatione a debitore interposita, certe ex occasione eius redactum id pretium æquius proficeret debitori, quam creditoris lucro cederet. Sed quantum quidem ad creditorem, debitor liberatur. Quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem,

[1]) Aus demselben sind Fr. 23. De pign. act. Fr. 33. De P. et H. Fr. 20. Qui potiores. Fr. 13. Quibus modis pignus.

ipsi debitor utili actione tenetur: ne ex aliena iactura sibi lucrum adquirat. Nam et si maiores fructus forte petens a possessore creditor abstulit, universos in quantitatem debitam accepto ferre debebit. Et cum per iniuriam iudicis domino rem, quæ debitoris non fuisset, abstulisset creditor, quasi obligatam sibi, et quæreretur, an soluto debito restitui eam oporteret debitori, Scævola noster restituendam probavit. Quodsi non ita vendidit, ut certum sit omnimodo apud eum pretium remansurum, verum obligatus est ad id restituendum, arbitror interim quidem nihil a debitore peti posse, sed in suspenso haberi liberationem. Verum si actione ex emto conventus præstitisset creditor emptori, debitum persequi eum a debitore posse: quia apparuit non esse liberatum.[2])

Tryphonin spricht ganz allgemein von dem Verkauf einer aliena res pignori data, ohne zwischen bonæ und malæ fidei possessio zu unterscheiden. Für beide gilt gleiches Recht. Verschieden jedoch gestaltet sich der Entscheid, je nachdem der Schuldner oder aber der Gläubiger zur Evictionsleistung verpflichtet ist. Tryphonin setzt zunächst die Haftbarkeit des Schuldners voraus.[3]) Die Beurtheilung dieses Falles wird ausdrücklich auf den Gesichtspunkt der Billigkeit zurückgeführt. Die Billigkeit spricht zu Gunsten des Schuldners, welcher durch seine auch noch so ungiltige Verpfändung den Verkauf zunächst veranlasste.[4]) Seine

[2]) So lautet der Text der Florentina. Damit stimmt die Umschreibung der Basiliken lib. XXV. tit. VII. Fr. 12. (Heimbach t. III. p. 86.) überein. Die nur sehr unbedeutenden Abweichungen anderer Lesearten sehe man bei Gebauer-Spangenberg.

[3]) Die Worte: si ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur, verlangen keineswegs eine ausdrückliche Ablehnung der Evictionspflicht. «Ea lege» deutet nicht auf ein bestimmtes pactum über Nichtleistung der Eviction, sondern einfach auf die Angabe der Qualität, in welcher der Verkäufer auftritt, mit andern Worten auf das pignoris iure vendere. Ueber dieses wird unten im Zusammenhang mit der ganzen Lehre von der Pfandeviction gesprochen. Basiliken: *ἐὰν ὁ δανειστὴς ἀλλότριον ὑποτεθὲν αὐτῷ πολήσει, μὴ ὁμολογήσας περὶ ἐκνικήσεως, ἐλευθεροῦται ὁ χρεώστης.*

[4]) Diess als Umschreibung der Worte: quia ex contractu, et qualiquali obligatione a debitore interposita, certe ex occasione eius redactum id pretium etc. Unter der qualisqualis obligatio ist die ungiltige Verpfändung der fremden Sache zu verstehen. Vgl. über diesen Ausdruck Fr. 88. De acq. vel omitt. her. (XXIX. 2.) Die Ausdrücke ex contractu und ex occa-

Schuld wird daher durch den Erlös getilgt. Aber an die Stelle der persönlichen Klage des ursprünglichen Gläubigers tritt nun die Condiction des Eigenthümers, welche sich auf die Bereicherung des Schuldners aus fremdem Gut stützt,[5]) und eben desshalb durch die Vindication selbst ausgeschlossen wird. Nun sieht sich der Schuldner der Evictionsforderung des Pfandkäufers ausgesetzt.

Der Grundsatz, wonach ein durch die Pfandberedung veranlasster Gewinn dem Schuldner, nicht dem Gläubiger zufallen soll, bewährt sich auch in solchen Anwendungen, welche mit dem Pfandverkauf in keiner Verbindung stehen. Tryphonin macht auf zwei derselben aufmerksam; beide gehören dem Rechte der Pfandklage an. Das erste setzt die Verurtheilung des Besitzers in den doppelten Werth der von ihm verabsäumten Früchte voraus. Hier wird der Schuldner nicht etwa nur die Hälfte, also den wahren Sachwerth, sondern den doppelten Ersatz ansprechen.[6]) In dem zweiten unterliegt der Eigen-

---

sione contractus verhalten sich zu einander, wie die deutschen *in Folge* und *auf Veranlassung* des Contracts. Der letztere wird als der bezeichnendere dem erstern zur Berichtigung beigefügt. Das «et» vor qualiquali wird von Haloander und der Vulgata ohne Grund gestrichen.

5) Die utilis actio, von welcher Tryphonin spricht, ist in der Person des Pfandkäufers die utilis ex emto actio, womit Evictionsleistung gefordert wird; in der Person des Eigenthümers dagegen die certi condictio, welche ex æquo et bono auch da gegeben wird, wo es an der Absicht des Vertrags fehlte. arg. Fr. 32. De rebus credit. (XII. 1.) Die Meinung des Accursius, welcher von einer utilis negotiorum gestorum actio spricht, und, um diese zu rechtfertigen, die Einwilligung des Eigenthümers zu dem Verkauf voraussetzt, ist widersinnig. Vgl. gegen ihn Bachov. De pignoribus et hypothecis. Lib. III. c. 29. § 3. Der Dativ «ipsi» bezieht sich sowohl auf dominus als auf emtor, und bildet den Gegensatz zu dem creditor, dessen Forderung durch den Erlös getilgt wurde. Die Aenderung in «ipse», welche sich Haloander erlaubt, ist unzulässig. Basiliken: ἐλευθερούμενος δὲ ὁ χρεώστης ἐνέχεται τῷ δεσπότῃ τοῦ πράγματος ἢ τῷ ἀγοραστῇ μετὰ τὴν ἐκνίκησιν.

6) Unter den «maiores fructus» sind keine andere zu verstehen, als die dupli fructus, von welchen schon die XII Tafeln sprechen, wie aus folgender freilich lückenhafter Stelle des Festus (s. v. Vindiciæ) hervorgeht: — — et in XII.: si vindiciam falsam tulit, si velit is . . . . tor tres arbitros dato, coram arbitris . . . . fructus duplione damnum decidito. (Ueber die verschiedenen Ergänzungen der beiden Lücken Wetzell, der römische

thümer in Folge ungerechten Richterspruchs und restituirt nun seine Sache dem klagenden Gläubiger. Der ungerechte Sieg

---

Vindicationsprocess, S. 31—34.) Nach dieser Bestimmung war das Vindicationsverfahren dadurch ausgezeichnet, dass der unterliegende Besitzer (qui vindiciam falsam tulit) zu dem Ersatz des doppelten Werths der Früchte angehalten werden konnte. Dasselbe Recht wurde späterhin auf die in rem actio übertragen, und erhielt sich in den verschiedenen Anwendungen derselben bis in die Zeit der classischen Juristen. Für die hereditatis petitio wird es von Paulus R. S. I. 13. B. §§ 8. 9. bezeugt. Als eine besondere Anwendung dieses Falles muss die Verpflichtung des institutus gegenüber dem substitutus angesehen werden. Paulus R. S. V 9. §§ 1. 2. Dazu kommt nun, nach Tryphonins Zeugniss, die actio hypothecaria. Alle diese in rem actiones werden durch die ad exhibendum vorbereitet. Kein Wunder daher, dass auch auf sie die æstimatio fructuum secundum legem (sc. XII tabularum) Anwendung fand. Fr. 9. § 6. Ad exhib. (X. 4.) Noch in der zweiten Hälfte des IV. Jahrhunderts hatte das alte Recht volle Giltigkeit. Die Kaiser Valentinian und Valens schärfen es in einer Constitution des Jahres 369 von neuem ein, (L. 1. Th. C. de fructibus et litis expensis IV. 18.) und bald darauf (im Jahre 380) erwähnen es auch die Kaiser Gratian Valentinian und Theodosius als noch geltend. (L. 1. pr. Th. C. de usuris rei iudic. IV. 19.) In dieselbe Zeit fällt das Zeugniss des Ambrosius († 397), welcher in einem seiner Briefe (Lib. V. ep. 24.) die fructuum duplio folgendermaassen erwähnt: — cum adverterem, eum, si vicisset, acturum de duplis fructibus. — Aus der Vergleichung aller dieser Stellen ergibt sich, dass nur allein die Früchte, fructus, im eigentlichen Sinne, verdoppelt werden, mithin weder partus noch andere Bestandtheile der omnis causa: und es ist nicht einzusehen, wie Cuiacius ad Fr. 2. De usuris (XXII. 1.) aus Fr. 17. § 1. De R. V. (VI. 1.) die Verdopplung der omnis causa ableiten kann. (opp. t. IV. p. 131. D.) Ja nicht alle Früchte insgesammt sind zu verdoppeln, sondern nur die, welche der Besitzer zu ziehen versäumte oder nach der Perception verkommen liess. Paulus R. S. I. 13. § 8. — Die Strafe der Verdopplung trifft sowohl den bonæ als den malæ fidei possessor; den letztern vom Anfang seines Besitzes, den ersten mit dem Eintritt der Litiscontestation; diess steht nicht nur mit den allgemeinen Pricipien im Einklang, sondern wird auch in L. 1. Th. C. de fructibus et litis expensis, ausdrücklich hervorgehoben. Mit Unrecht behauptet daher Wetzell, a. a. O. S. 34. n. 1., dass die Verpflichtung für jede Art von Besitzer erst mit der Litiscontestation beginne. Die Stelle des Paulus (R. S. V. 9. § 2.) beweist diess keineswegs. Der heres institutus wird niemals als malæ fidei possessor dem substitutus gegenübertreten, daher kann in seiner Person die Verpflichtung zum Ersatz des doppelten Werthes immer erst mit der Litiscontestation beginnen, es müsste denn eine ausdrückliche Stipulation geschlossen worden sein, wie sie § 1. verlangt. — Nicht mehr Gewicht hat die zweite von Wetzell angerufene Stelle aus Papiniani responsa tit. 34. Hier ist von einer persönlichen Klage, der actio emti, die Rede, mit welcher nicht

soll dem Schuldner zu statten kommen. Ihm muss der Gläubiger seinen Gewinn ausliefern, ihm gebührt er, weil seine Verpfändung die nächste Veranlassung war.[7])

In der zweiten Hälfte der tryphoninischen Disputation wird die Evictionspflicht des Gläubigers vorausgesetzt. Sie hindert zwar den sofortigen Eintritt, keineswegs aber die Möglichkeit der Liberation.[8]) Und selbst diese soll dem Schuldner zum Vortheil gereichen. Er wird bis nach wirklich erfolgter Eviction gegen die Klage des Gläubigers in Schutz genommen. Ebenso seine Bürgen.[9]) Wiederum eine Anwendung des oben entwickelten Prinzips, wonach jeder Vortheil aus der Verpfändung, worin er immer bestehen mag, dem Schuldner zu gut kommen soll.

---

sowohl die Verdopplung der Früchte, als die præstatio dupli evictionis nomine verlangt werden kann. — Wann das alte Recht der fructus duplio zuerst aufgehoben wurde, ist ungewiss. Justinian nahm die darauf hezüglichen Constitutionen nicht in seinen Codex auf oder änderte sie ab. So L. 2. C. de fruct. (VII. 51.) Auch in den Pandecten wurde die Erwähnung desselben so viel möglich unterdrückt. Nur wenige Spuren sind erhalten. So ausser den schon bemerkten Stellen auch Fr. 6. § 7. Mandati (XVII. 1.) Vgl. Fr. 8. § 1. De neg. gestis (III. 5.) Zuerst wurden dieselben von Cuiacius, Obss. V. 21., IX. 19. zusammengestellt.

7) Die Klagen, mit welchen der Schuldner diese Rückgabe verlangt, sind die gewöhnlichen, nämlich die pignoraticia und die condictio ex iniusta causa. Für jene ist die Anwendbarkeit auf eine aliena res pignori data ausdrücklich bezeugt. Fr. 9. § 4. De pign. act. Die condictio wird auch hier nur gegen den Gläubiger, qui dolum malum admisit, also z. B. den Besitz des Pfandes abläugnete, zur Anwendung kommen. Fr. 4. § 1. De reb. cred. (XII. 1.), verglichen mit Fr. 13. § 1. Depos. (XVI. 3.) und Fr. 69. pr. De furtis. (XLVII. 2.) S. Cuiacius zu Fr. 4. § 1. c. in opp. t. VII. pp. 638—640. — An eine Aenderung des Textes ist nach dieser Darstellung nicht zu denken. Ohne Grund wird statt «a possessore» von Haloander und der vulgata «*a fideiussore*» gelesen. Auch hat die Annahme van de Waters (Obss. II. 4.), dass Ulpian «*duplos fructus*» schrieb, und erst Tribonian diess in «*maiores* fructus» veränderte, Nichts für sich.

8) Nil solutum est, ut auferri non possit. Fr. 23. De pign. act. Aehnliche Fälle der liberatio suspensa werden in Fr. 26. De solut. et liberat. (XLVI. 3.) erwähnt.

9) Fr. 59. Mandati. (XVII. 1.) Vgl. Cuiacius ad h. Fr. (opp. t. VI. p. 527.)

IX.

Die prædiatura.

1. Unabhängig von dem vertragsmässigen Pfandverkauf entwickelte sich das Recht der Prädiatur. Schon in der Zeit der Republik galt der Grundsatz, dass dem Volke oder seinem Schatze, dem ærarium, für die richtige Erfüllung übernommener Verbindlichkeiten durch prædes und prædia Vorsorge geleistet werden muss.[1]) Eine solche verlangt die bekannte lex parieti faciundo puteolana von dem Uebernehmer der ausgeschriebenen Maurerarbeit.[2]) Eine solche enthält auch das verrinische Edict.[3]) Dieselbe hat der Publicane zu bestellen.[4]) In dem thorischen Gesetz endlich, welches zwischen das Jahr 643 u. c. und den Bundesgenossen Krieg fällt, wird sie dem Käufer von Staatsländereien auferlegt. Die einzelnen Bestimmungen darüber sind in den Kapiteln XX. XXI. XXXV. (Zeile 46. 47.

[1]) Der Ausdruck «Vorsorge» soll an die wahre Bedeutung von prædium und præs erinnern. Beide hängen mit prævidere zusammen, daher die prædes in der gesetzlichen Sprache prævides genannt werden. Daraus erklärt sich auch Varro de ling. lat. V. 40. Müller: prædia dicta — quod ea pignore data publice mancupis fidem præstent. Pignore ist der alte Dativ statt pignori, wie er auch im Testament des Dasumius vorkommt.

[2]) Bei Haubold, monumenta legalia p. 71: qui. redemerit. prædes. dato. prædiaque. subsignato. duum. virum. arbitratu.

[3]) Cicero in Verrem act. II. lib. 1. c. 54.

[4]) Scholia bobiensia in orat. Cic. pro Flacco, bei Orelli t. II. p. 244.

48. 73. 74. 75.) enthalten.[5]) Der Käufer, nach der bei öffentlichen Subhastationen gebräuchlichen Sitte des Handaufhebens manceps genannt,[6]) soll den Kaufpreis innert einer bestimmten Frist entrichten. Unterbleibt die Bezahlung, so hat er nun dem prætor urbanus[7]) innert eines weitern Termins von 120 Tagen Sicherheit zu leisten. Die Urkunde, in welcher der quæstor ærarii neben dem Namen des manceps auch die der prædes und prædia[8]) verzeichnet,[9]) wird von den betreffenden Personen unterschrieben.[10]) Die Zulänglichkeit der Caution unterliegt der Prüfung des prætor urbanus, wie nach dem puteolanischen Pachtentwurf jener der Duumvirn der Colonie. —

---

[5]) Bei Rudorff, das Ackergesetz des Spurius Thorius S. 168. 180. Die Erklärung auf S. 121—123, und dazu Huschke in Richters und Schneiders kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft. Band X. S. 605.

[6]) Cicero in Verrem act. II. lib. 1. c. 54. Accurrunt tamen ad tempus tutores: *digitum tollit* Iunius patruus. Festus s. v. manceps dicitur, qui quid a populo emit conducitve, quia manu sublata significat se auctorem emptionis esse: qui idem præs dicitur, quia tam debet præstare populo, quod promisit, quam is, qui pro eo præs factus est. Noch andere Stellen bei Rudorff a. a. O. n. 43.

[7]) Prætor. quei. inter. ceives. tum. Romæ. ious. deicet.

[8]) Auch die Grundstücke haben ihre Namen, besonders diejenigen, welche durch Assignation in das quiritarische Eigenthum einzelner Bürger übergegangen waren. Und nur diese konnten subsignirt werden. Cicero pro Flacco c. 32. und dazu scholia bobiensia, bei Orelli t. II. p. 244.

[9]) Eaque nomina mancup(um prævidum prædiorum is quæstor) quei ærarium provinciam optinebit, in tableis (publiceis scripta habeto). Die eingeklammerten Worte sind von Rudorff restituirt und hier gewiss befriedigend.

[10]) Diess heisst subsignare. Paulus in Fr. 53. pr. De V. S. (L. 16.) Subsignatum dicitur, quod ab aliquo subscriptum est. Daher die Verbindungen: prædia subsignare (lex puteolana) wörtlich: seine Unterschrift unter die prædia setzen; d. h. sie als obligirt anerkennen. Ferner: prædia satis subsignare (lex thoria c. XXXV. Zeile 73.; prædia selbst ist ergänzt, aber wohl völlig unzweifelhaft). Zuletzt schlechtweg subsignare (lex thoria c. XXXV. Zeile 74.) und in publicum subsignare, gleichbedeutend mit verpfänden. — Diess subsignare wird ausschliesslich auf die Grundstücke bezogen, nicht auf die prædes. Diese unterzeichnen sich ohne Zweifel selbst. Hieraus erklärt sich, warum c. XXXV. Zeile 73. nur die prædia quæ supra scripta sunt, nicht auch die prædes erwähnt, während doch die c. c. XX. und XXI., auf welche zurückgewiesen wird, die prædes nicht weniger hervorheben. Es scheint also unzulässig, mit Huschke a. a. O. S. 612. anzunehmen, prædes würden zwar nicht verlangt, aber statt der prædia angenommen.

Anderweit verhaftete prædes oder prædia dürfen aber in keinem Falle zugelassen werden.[11]) — Nach Ablauf der festgesetzten IV Monate werden diejenigen Ländereien, für welche weder Bezahlung noch Caution geleistet worden ist, zum zweiten Mal versteigert, jetzt aber nur gegen baare Bezahlung.[12]) So weit die Bestimmungen des thorischen Gesetzes.

Die Nichterfüllung der übernommenen Verbindlichkeit berechtigte zum Verkauf. Das ganze Vermögen des præs wurde öffentlich versteigert,[13]) auch hier gegen Procente und nach vorhergegangener Proscription.[14]) Die Besorgung lag früherhin wahrscheinlich den Quästoren ob; unmittelbar vor dem Regierungsantritt des Kaisers Claudius dagegen wird der præfectus ærarii genannt.[15])

Die Verpflichtung, durch prædes und prædia Sicherheit zu bestellen, erklärt die Bezeichnung prædiator, welche auf jeden, «qui a populo mercatur» Anwendung findet.[16]) Sie ist also nicht von dem Gegenstand des Kaufes, dem prædium, abgeleitet, ja überhaupt nicht auf den Kauf beschränkt, sondern auf den conductor operis eben so gut anwendbar. Dieser be-

11) C. XX. Zeile 46. Manceps prævides prædiaque soluti sunto.

12) In ähnlicher Weise wurde beim pignus in causa iudicati captum verfahren. Diess sollte in der Regel nur præsenti pecunia verkauft werden. War hievon eine Ausnahme gemacht, und nachher nicht bezahlt worden, so verkauft der gleiche Richter das Pfand zum zweiten Mal. Fr. 15. § 7. De re iudic. (XLII. 1.)

13) Cicero in Verrem act. II. 1. 54. und dazu Pseudo-Asconius, bei Orelli t. II. p. 196. — Philippica sec. c. 31.

14) Suetonius in Claudio c. 9. Postremo etiam sestertium octogies pro introitu novi sacerdotii coactus impendere, ad eas rei familiaris angustias decidit ut cum obligatam ærario fidem liberare non posset, in vacuum lege prædiatoria venalis ependerit sub edicto præfectorum. Venalis pendere bezieht sich auf die Proscription, welche auf den Namen des præs gestellt war. Sie geschah in dem ærarium. Suetonius in Domitiano c. 9. Der Ausdruck in vacuum ist von der in den öffentlichen Büchern neben dem Schuldposten für die Quittung offen gelassene Stelle hergenommen. Er bedeutet also nichts weiter als: wegen Nichtbezahlung.

15) Suetonius in Claudio c. 9.

16) Gaius II. § 61. — qui mercatur a populo prædiator appellatur. Dieser Ausdruck findet sich mehrere Male bei Cicero ad Atticum XII. 14. 17. pro Balbo c. 20. Aus dieser Stelle hat Valerius Maximus VIII. 12. geschöpft.

stellt dieselbe Sicherheit, welche von dem Käufer verlangt wird; auf ihn passt das mercari a populo eben so gut. Daher ist anzunehmen, dass auch der Titel des prätorischen Edikts: de prædiatoribus,[17]) keineswegs auf den Kauf beschränkt war. Dieselbe Allgemeinheit gebührt dem Ausdrucke prædiatura.

Der Käufer der obligirten Sache erwirbt ohne Zweifel von dem Volke das quiritarische Eigenthum,[18]) gegen ihn ist jedoch die sogenannte usureceptio ex prædiatura zugelassen. Sie unterscheidet sich von der usureceptio der pfandrechtlichen fiducia hauptsächlich durch das Erforderniss eines zweijährigen Besitzes der Grundstücke; für bewegliche Sachen genügt in beiden Fällen ein Jahr.[19])

2. So dürftig nun auch die bisher zusammengestellten Zeugnisse über das Recht der Prädiatur sind, so ist doch das nicht zu verkennen, dass hier ein Pfandverkauf vorliegt, welcher sich weder auf die fiducia[1]) noch auf ein ausdrückliches pactum de vendendo zurückführen lässt. Wir haben ein Institut vor uns, in welchem das Recht, fremdes Eigenthum zu veräussern, ganz selbstständig und unabhängig von dem vertragsmässigen Pfandverkauf zur Entstehung und Ausbildung gelangte. Das römische Recht befolgte hierin einen ganz eigenthümlichen Gesichtspunkt. Diesen nachzuweisen ist die Aufgabe der folgenden Bemerkungen.

Der Vertrag, durch welchen sich der einzelne Bürger gegenüber dem Volk verpflichtete, hatte eine ganz andere Wirkung als derjenige, welchen Privatleute unter sich abschlossen. Die letztern waren in allen Fällen auf eine persönliche Klage be-

---

17) Fr. 54. De iure dot. (XXIII. 3.) trägt den Titel: Gaius ad edictum prætoris urbani titulo de prædiatoribus.

18) Denn das Volk verkauft und von dem Volk wird erworben, nicht von dem prætor; dieser könnte allerdings nur das in bonis geben. Gaius III. § 80.

19) Gaius II. § 61. III. § 201.

1) Diese wird von Manchen ohne weitere Ueberlegung der Prädiatur zu Grunde gelegt; so von v. Savigny, in den Heidelberger Jahrbüchern von 1809. S. 258; von Zimmern, in dessen und Neustetels Abhandlungen. XI. S. 292; von Klenze, über die gesetzlichen Vorzüge fiscalischer Forderungen, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. VIII. S. 380.

schränkt; ein Anspruch an die Person oder an das Vermögen des Schuldners kam ihnen nicht zu; ein solcher wurde erst im Fall der Insolvenz auf dem Wege der Execution durch die Bevollmächtigung von Seite des Prætors begründet. Eben desshalb musste durch ausdrückliche Verpfändung für die Sicherheit der Befriedigung Vorsorge getroffen werden. Das Aerar war dieser Nothwendigkeit überhoben. Ihm haftete die Person seines Schuldners und durch ihre Vermittlung dessen gesammtes Vermögen für die richtige Erfüllung der Verbindlichkeit. Diese Verhaftung schloss sich als nothwendige Folge an den Hauptvertrag an; das Volk war durch dieselbe zum Verkauf des Schuldners nach eingetretenem Verzuge berechtigt.[2])

3. Dieselbe Verhaftung, in welche der manceps durch das mit dem Aerar abgeschlossene Rechtsgeschäft eintrat, machte der præs zum Inhalt eines besondern Verbal-Contractes.[1]) Dieser auferlegt ihm nicht etwa die Erfüllung der von dem manceps übernommenen Verbindlichkeit, also z. B. die Bezahlung des subhastirten Grundstückes, er begründet vielmehr den Anspruch des Volkes auf seine Person. So ist der præs selbst zu keiner Leistung verpflichtet, vielmehr mit seiner Person

[2]) Die Streitigkeiten, welche sich etwa zwischen dem Schatz und dessen Schuldner ergeben mochten, waren von dem Kaiser Nerva an einen besondern Prätor gewiesen, der mit Hilfe der iudices urtheilte. Fr. 2. § 32. De O. I. (I. 2.) Plinius panegyricus c. 36. Freilich ist hier zunächst nur von dem Fiscus, nicht von dem Aerar die Rede. In der Zeit der classischen Juristen finden wir die in das Recht des öffentlichen Schatzes einschlagenden Streitigkeiten von den præfecti ærario beurtheilt, welche seit Traian (Plinius panegyricus c. 91. 92.) fortwährend das Aerar verwalteten. Fr. 8. § 19. De transact. (II. 15.) Fr. 12. De his quæ ut indignis (XXXIV. 9.) Fr. 2. § 4. Ne quid in loco publico (XLIII. 8.) Fr. 42. pr. De iure fisci. (XLIX. 14.) Die præfecti vereinigten also in ihrer Person Verwaltung und Gerichtsbarkeit. Dasselbe war in der früheren Kaiserzeit der Fall, als die Staatskasse zuerst zwei Stadtpräfecten (Dio XLIII. 48.), nachher mehreren Exprätoren (Dio LIII. 2. in. LIII. 32. LX. 4. 10.), zuletzt seit Claudius den Quästoren (Dio LX. 24. Suetonius in Claudio c. 24.) untergeben war. Alle diese hatten Administration und Rechtspflege zugleich, wozu Dio LX. 4. ein Beispiel liefert.

[1]) Festus s. v. *Præs*. Müller p. 223. Præs est is, qui populo se obligat, interrogatusque a magistratu: *si præs sit*, ille respondet: *præs*. Varro de l. l. lib. VI. Spengel p. 250. Itaque præs qui a magistratu interrogatus, (interrogatur?) in publicum ut præstet; a quo et quum respondet, dicit, præs.

für eine fremde Leistung verhaftet. Ebendarum kann er nur sehr uneigentlich mit dem fideiussor oder mit den andern Bürgen verglichen werden. Sie alle übernehmen in verschiedenen Formen die ursprüngliche Verpflichtung des Hauptschuldners, und treten diesem als correi zur Seite. Der præs dagegen wird nur durch die Gefahr seiner eigenen Person zu der Erfüllung der von dem manceps übernommenen Verbindlichkeit angetrieben.

4. Der eigenthümliche Inhalt des Verbal-Contractes, welchen der præs mit dem Volke abschliesst, wird von Festus als eine *Obligation* der Person bezeichnet: præs est, qui populo se *obligat*. In ähnlicher Art beschreibt die lex thoria (c. XXI. Zeile 47) den Zustand des præs durch die Umschreibung: *populo obligatus esto*. — Wir sind gewohnt, den Ausdruck obligatus stets in Verbindung mit einer gewissen Handlung zu denken, durch deren Bezeichnung jener allgemeine Begriff erst noch mit einem bestimmten Inhalt versehen werden muss. Diese Bedeutung kann offenbar auf den præs keine Anwendung finden. Seine Obligation wird nicht nur ohne alle Inhaltsangabe gelassen, sie erscheint vielmehr selbst als Inhalt des Vertrags. In dieser Anwendung liegt eine ganz eigenthümliche Bedeutung des Wortes obligatus, welche mit der gewöhnlichen allbekannten nicht verwechselt, und eben so wenig aus ihr erklärt oder auf sie zurückgeführt werden darf. Der præs steht nicht in einem einzelnen Obligations-Nexus wie irgend ein Schuldner zu seinem Privatgläubiger, er ist nicht in dem gewöhnlichen Sinne obligatus ad dandum aliquid vel faciendum;[1]) er hat vielmehr dem Volke *Gewalt über seine Person eingeräumt*, ohne ihm selbst zu einer Leistung verpflichtet zu sein. Diese Verhaftung der Person wird als Obligation derselben dargestellt.

Es kann wohl keinem gegründeten Zweifel unterliegen, dass dieselbe Bezeichnung obligatus auch auf den manceps selbst angewendet wurde. Er war ja dem Volke nicht weniger verhaftet als der præs, wenn auch nicht wie dieser kraft eines

[1]) Fr. 3. pr. De obl. et act. (XLIV. 7.)

besondern Verbalcontractes. Ueberdiess wird sowohl die Bezeichnung præs [2]) als auch der Gegensatz solutus [3]) auf ihn übertragen.

5. Die Obligation der Person ergreift auch deren ganzes Vermögen. Der Zustand jener überträgt sich nothwendig auf dieses. Daher werden die Güter des præs, *bona prædia* genannt.[1]) Diese Bezeichnung deutet den Zustand der Verhaftung an. Sie ist daher auch auf das Vermögen des manceps anwendbar, mit demselben Recht wie der Ausdruck præs auf dessen Person.

Unter diesen bona prædia werden die Grundstücke als der werthvollste Theil des verhafteten Vermögens hervorgehoben und vorzugsweise prædia genannt. Ihre besondere Subsignation begründet nicht erst die Obligation. Diese ruht für die Grundstücke wie für das ganze übrige Vermögen auf der Verhaftung der Person; sie dient vielmehr nur als Nachweisung solcher Vermögensstücke, welche durch besondern Werth, hauptsächlich auch durch Unzerstörbarkeit die grösste Sicherheit zu bieten vermögen. Es ergiebt sich hieraus, dass keine andere Grundstücke als die dem manceps oder præs zugehörenden subsignirt werden können. Diess wird in den Scholien zu Ciceros Rede für den Flaccus ausdrücklich hervorgehoben.[2]) — Durch jene besondere Nachweisung treten die prædia in einen Gegensatz zu den bona prædia, welchen sie ursprünglich angehören. Diese Auffassung findet sich in den Scholien des falschen Asconius zu den Verrinen. Hier wird unter bona prædia nur allein der bewegliche Theil des verhafteten Vermögens, hauptsächlich Geld und Sklaven begriffen; die Grundstücke sind als prædia besonders genannt.[3]) So theilt

---

[2]) Festus s. v. Manceps.

[3]) Lex thoria c. XX. Zeile 46. Manceps prævides prædiaque soluti sunto.

[1]) Pseudo- Asconius zu Cicero in Verrem act. II. 1. 54. verba: *et prædibus et prædiis.* = *Prædia* sunt res ipsæ: *prædes* homines i. e. fideiussores, quorum res bona prædia uno nomine dicuntur.

[2]) Bei Orelli t. II. p. 144. Et subsignandi hæc solebat esse causa, ut aut qui vectigalia redimeret aut qui pro mancipe vectigalium fidem suam interponeret, loco pignoris *prædia sua* reipublicæ obligarent, quoad omnem pecuniam redemtores vectigalium repensarent.

[3]) Bei Orelli t. II. p. 196. Zu den Worten *in bonis prædibus prædiisque vendendis.* = *Bona prædia* dicuntur bona satisdationibus obnoxia, *sive sint in*

sich die Gesammtheit des verhafteten Vermögens in bona prædia und prædia. Beide Theile werden zusammen verkauft, das Vermögen im Ganzen ausgeboten;[4]) eine detaillirte Veräusserung der einzelnen Gegenstände wird nirgends erwähnt. Damit ist jedoch nur die Nothwendigkeit, nicht aber die Möglichkeit derselben in Abrede gestellt. Auch das conventionelle Generalpfand der spätern Zeit lässt ein doppeltes Verfahren zu, Veräusserung der Gesammtheit sowohl als der einzelnen Stücke.[5]) Nur die dominii impetratio kann auf ein ganzes Vermögen keine Anwendung finden.[6])

6. Auch die Verhaftung des Vermögens wird wie die der Person als Obligation bezeichnet. Wie der præs, obligatus, so wird das prædium, obligatum genannt.[1])

Auch hier findet die obige Bemerkung über die Bedeutung dieses Ausdruckes Anwendung. Von einer einzelnen Verbindlichkeit ist bei dem prædium so wenig die Rede als bei dem præs. An die gewöhnliche Bedeutung des Wortes obligatum ist nicht zu denken. Vielmehr wird auch hier durch jenen Ausdruck *der Zustand der Verhaftung* angedeutet, in welchen das Grundstück und die übrigen Güter des præs in Folge jener Verbal-Obligation eintreten, und der nach stattgefundener Verzögerung zu dem Verkauf derselben berechtigt.

7. Die hervorgehobene Bedeutung von obligatus und obligatio verdient um so mehr Beachtung, da sie späterhin

---

mancipiis sive in pecunia numerata: prædia vero domus, agri. Hæc omnia venduntur, si rationi publicæ locator sartorum tectorum non responderit.

4) Cicero in Verrem l. c. spricht ganz allgemein: in bonis prædibus prædiisque vendendis; und dazu bemerkt der Scholiast: *hæc omnia* venduntur. Siehe die vorige Note. Dasselbe wird durch den persönlichen Ausdruck: prædes suos vendere (Cicero Philippica sec. c. 31.) und venalem pendere (Suetonius in Claudio c. 9.) bewiesen.

5) Fr. 89. § 4. De leg. II. (XXXI. 1.) Hier werden die sämmtlichen Grundstücke zusammen verkauft.

6) L. 1. C. de iure dominii impetr. (VIII. 34.)

1) Lex thoria c. XXXV. Zeile 74.: prædium — in publico obligatum. Vgl. c. XXI. Zeile 48. Cicero de lege agraria III. 2. — Soluta (prædia) meliore in causa quam *obligata:* eodem capite *subsignata* omnia, si modo sullana sunt, liberantur. — Scholia bobiensia in orationem pro Flacco, bei Orelli t. II. p. 144.

über den Kreis der Prädiatur, in welchem sie ursprünglich allein Anwendung fand, ausgedehnt und auf die Gegenstände des conventionellen Pfandrechts übertragen wurde. Hiezu gab die Ausbildung des vertragsmässigen Pfandverkaufs die nächste Veranlassung. Jetzt erst war der Zustand der Verhaftung für die pignora in derselben Vollkommenheit vorhanden wie für die prædia. In beiden Anwendungen wird der Ausdruck res obligata ganz absolut, ohne alle nähere Bestimmung gebraucht. Der Zusatz *pignori* res obligata bezeichnet ursprünglich das conventionelle Pfand; die prædia sind keine pignora; beide Ausdrücke gehören zwei ganz verschiedenen Gebieten an; späterhin aber wird auch das dem Schatze verhaftete Gut als pignus dargestellt. Dazu veranlasste die Gleichheit des Zweckes beider Institute. So kam es in Folge einer doppelten Generalisation zuletzt dahin, dass sich beide Ausdrücke, pignus und res obligata, genau und vollständig entsprachen.[1])

[1]) Es soll hier eine Zusammenstellung der verschiedenen Anwendungen und Verbindungen des Wortes obligatio im Pfandrecht folgen:

Die ursprüngliche Bedeutung von obligatio ist in Fr. 68. § 1. De fideiuss. et mandat. (XLVI. 1.) und in Fr. 15. De dote præleg. (XXXIII. 4.) wieder zu erkennen. In beiden Stellen bilden die res in publicum obligatæ den Gegensatz zu res pignoratæ. Auch sonst werden die dem Schatz verhafteten Sachen vorzugsweise *res obligatæ* genannt. Fr. 205. De R. I. (L. 17.) L. 1. C. si propter publicas. (IV. 46.) Gleichbedeutend: facultates subsignatæ fisco. Fr. 5. § 10. De iure imm. (L. 6.) Hieran schliesst sich die Bezeichnung des conventionellen Generalpfandes durch obligatio omnium bonorum. Fr. 28. De iure fisci. (XLIX. 14.) Fr. 89. § 4. De legat. II. (XXXI. 1.) — Ohne allen Beisatz findet sich obligare z. B. in folgenden Stellen: Fr. 20. Fr. 63. § 1. De eviction. (XXI. 2.) Fr. 6. De nautico fœnere (XXII. 2.) Fr. 21. De probation. (XXII. 3.) Fr. 4. De fundo dot. (XXIII. 5.) Fr. 32. § 5. De donat. inter vir. et uxor. (XXIV. 1.) Fr. 5. § 1. De obl. et act. (XLIV. 7.) Fr. 45. Fr. 96. § 3. De sol. et lib. (XLVI. 3.) *pignori obligare*: Fr. 65. De evictionib. (XXI. 2.) Fr. 69. De sol. et lib. (XLVI. 3.) Fr. 30. De hered. instit. (XXVIII. 5.) L. 11. C. de usur. (IV. 32.) *pignoris causa obligare*: Fr. 16. De obl. et act. (XLIV. 7.) L. 11. C. de pign. act. (IV. 24.) L. 6. C. de usur. (IV. 32.) *pignoris iure, nomine obligare*: Fr. 50. pr. De furtis (XLVII. 2.) Fr. 20. De sol. et lib. (XLVI. 3.) Fr. 22. § 1. De iure fisci (XLIX. 14.) Fr. 85. De leg. II. (XXXI. 1.) Fr. 12. De alim. vel cibar. (XXXIV. 1.) Vgl. L. 16. C. de leg. (VI. 37.) *pignoris obligatio*: Fr. 28. De lege corn. (XLVIII. 10.) Fr. 3. pr. De reb. eor. (XXVII. 9.) gleichbedeutend *pignoris nexus* L. 7. C. de reb. alien. non alien. (IV. 51.) L. 2. C. de præd. et al. reb. (V. 71.) Fr. 22. § 1. De iure fisci.

8. Die Bezeichnung der Verpfändung als obligatio rei hat zu der Auffassung des Pfandrechts als dingliches Forderungsrecht verleitet. Die Vertheidiger dieser Ansicht gehen von der falschen Annahme aus, als deute obligatio immer und überall auf eine *persönliche Verpflichtung*. Aber dazu gehört vor allem ein bestimmter Inhalt. Ein solcher wird jedoch für das Pfandrecht nicht angegeben; keine einzige Stelle spricht von einer obligatio ad dandum aliquid vel faciendum; vielmehr ist überall von einer obligatio schlechtweg, also von einem bestimmten Zustand der Sache die Rede. Aehnliche Anwendungen desselben Ausdrucks sind auch in andern Rechtsgebieten nicht ganz selten. So spricht Julian von einem homo noxæ nomine obligatus;[1]) Ulpian von einer res, quæ voto non obligatur;[2]) Paulus nennt endlich den Gegenstand der Dotispromission eine res obligata.[3]) In allen diesen Fällen bezeichnet obligatio rei *den Zustand der Gebundenheit*, in welchen die Sache als Gegenstand der vota, der noxa, der dotis promissio eintritt. An ein dingliches Forderungsrecht wird von ferne nicht gedacht.

(XLIX. 14.) Die Anwendung der Bezeichnung pignus auf das Recht des Schatzes findet sich z. B. in Fr. 46. § 3. De iure fisci. (XLIX. 14.) fiscus semper habet ius pignoris. In andern Stellen wird das Uneigentliche der Bezeichnung pignus für die Obligation des fiscus nicht undeutlich hervorgehoben. So in L. 1. C. in quib. caus. (VIII. 15.) Universa bona eorum qui censentur, vice pignorum tributis obligata sunt. § 5. fragmenti de iure fisci: Bona eorum, qui cum fisco contrahunt, lege vicesimaria *velut* pignoris iure fisco obligantur, non solum ea quæ habent, sed ea quoque quæ postea habituri sunt.

[1]) Fr. 18. § 3. De mortis causa donat. (XXXIX. 6.) Qui hominem *noxæ nomine vel alias obligatum* mortis causa acceperit, tantum cepisse intelligendus est, quanti is homo venire potuisset. Idem in fundo, qui obligatus est, observari poterit, ut pretium excutiatur.

[2]) Fr. 2. pr. De pollicit. (L. 12.) Si quis rem aliquam voverit, voto obligatur. Quæ res personam voventis, non *rem quæ vovetur, obligat*: res enim, quæ vovetur, soluta quidem liberat vota, *ipsa vero sacra non efficitur*. Es ist klar, dass res sacra und res vota obligata hier gleichbedeutend genommen wird.

[3]) Fr. 98. pr. De sol. et lib. (XLVI. 3.) Qui res suas obligavit, postea aliquam possessionem ex his pro filia sua *dotem promittendo obligavit et solvit*. — Die Obligation, von welcher hier die Rede ist, besteht in der Dotispromission; von einer Verpfändung, welche Cuiacius (opp. t. V. p. 1114.) unter Berufung auf L. 13. C. de P. et H. annimmt, ist keine Rede. Dem obligavit entspricht solvit. Durch die Erfüllung der dotispromissio wird der versprochene Gegenstand solvirt, wie durch die promissio obligirt.

9. Wenn wir für den Ausdruck obligatio in seiner Anwendung auf das Pfandrecht eine besondere Bedeutung in Anspruch nehmen: so sind wir doch weit davon entfernt, dingliche Forderungsrechte überhaupt in Abrede zu stellen. Es giebt solche, es giebt Rechtsverhältnisse, in welchen nicht sowohl eine Person als vielmehr eine Sache, insbesondere ein Grundstück zu einer bestimmten Leistung verpflichtet ist, und wobei derselbe Ausdruck obligatio zur Anwendung kommt; aber die pfandrechtliche obligatio gehört nicht in diese Zahl. Wir beschränken uns darauf, ein einzelnes Beispiel solcher dinglicher Forderungsrechte nahmhaft zu machen, und zwar ein solches, das sich durch verschiedene Eigenthümlichkeiten unserer Aufmerksamkeit besonders empfiehlt. Es ist die obligatio alimentaria, wie sie in der veleiatischen[1]) und in der bäbianischen Alimententafel[2]) vorliegt. Man hat sich daran gewöhnt, diese obligatio prædiorum als eine gewöhnliche Verpfändung von Grundstücken, bestimmt wie jede andere Verpfändung, zur Sicherheit einer persönlichen Forderung, aufzufassen. Ohne allen Grund. Was in jenen beiden Tafeln obligatio genannt wird, ist keine Verpfändung, keine Sicherheitsleistung für eine selbstständig neben dem Pfand bestehende persönliche Forderung, es ist die Forderung selbst, aber eine Forderung, welche dem Gläubiger nicht gegen eine Person, sondern gegen ein Grundstück zusteht. Mit einem Wort: die Grundstücke der Veleiaten und der bäbianischen Ligurer sind nicht für die persönliche Verpflichtung ihrer Herrn zum Pfand gesetzt, sondern selbst und principaliter, gleich lebenden Personen zu einer bestimmten Leistung verpflichtet; sie sind nicht pignoris iure obligirt, wie die Pfänder, sondern obligirt ad dandum aliquid, wie gewöhnliche Schuldner. Um diese Behauptung zu erweisen, ist es unerlässlich, auf die verschie-

---

[1]) Erläutert von Pietro de Lamo, tavola alimentaria veleiate, Parma 1819.

[2]) Erläutert und mit einem sehr lehrreichen Commentar versehen von W. Henzen, tabula alimentaria bæbianorum. Romæ 1845. Aus dem XVI. Band der Annalen des archeologischen Instituts besonders abgedruckt.

denen Arten der Alimentenbestellung, welche bei den Römern gebräuchlich waren, aufmerksam zu machen.

Für das Alimenten-Vermächtniss an eine oder mehrere einzelne Personen, z. B. an einen alumnus, einen pædagogus, eine nutrix, an die Gesammtheit der Freigelassenen gab es eine höchst einfache Form: es genügte, den Erben persönlich zu belasten und den Anspruch des Honorirten durch testamentarische Pfandbestellung zu sichern.[3]) Unzureichend war diese Bestellungsweise, sobald sich die Liberalität auf eine Reihe aufeinander folgender Generationen, z. B. eine Familie oder eine Corporation, erstrecken sollte. Theils stand hier eine den Nachkommen des Honorirten äusserst lästige Vervielfältigung der Verpflichteten in Aussicht, theils war die Pfandveräusserung und mit ihr die Vernichtung der Sicherheit für die spätern Geschlechter zu befürchten. Beides wurde durch die Uebertragung des Eigenthums, verbunden mit dem Veräusserungsverbot, vermieden. Die Honorirten erhielten in diesem Fall keinen persönlichen Alimenten-Anspruch an die Erben oder Erbeserben, sie wurden vielmehr Eigenthümer eines bestimmten Grundstücks, bald mittelbar, bald unmittelbar, je nach der Natur des Legats und in dieser Stellung zu einer bestimmten Quote des wechselnden jährlichen Ertrags berechtigt.[4])

Keine dieser beiden Bestellungsformen genügte den kaiserlichen Alimentenstiftungen. Die «æternitas italiæ»,[5]) für welche durch die Erziehung dürftiger Kinder gesorgt werden sollte, konnte weder den Händen eines einzelnen Darlehnsschuldners noch der Unsicherheit des Ertrages bestimmter Grundstücke anvertraut werden. Das Sicherste war die Belastung von Grund und Boden mit gewissen festen jährlichen Leistungen. Auf diese Weise vermied man einerseits den Wechsel und die

[3]) Beispiel in Fr. 12. De alim. leg. (XXXIV. 1.) Fr. 9. De ann. leg. (XXXIII. 1.)

[4]) Beispiele: die Stiftung des Syntrophus, das Testament des Dasumius. Dazu Rudorff in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft. B. XII. S. 370—381. Fr. 34. pr. De usu leg. (XXXIII. 2.) Fr. 38. § 4. De leg. III. (XXXII.) Fr. 4. pr. De alim. (XXXIV. 1.)

[5]) Gruter, 456. 1.

Vervielfältigung der Verpflichteten, und sorgte andererseits für ein von den Zufälligkeiten des Jahres unabhängiges Einkommen. Aber in welcher Form konnte diese unmittelbare Belastung der Grundstücke herbeigeführt werden? Die Antwort findet sich in einem Briefe des jüngern Plinius an Caninius.[6]) Plinius versprach seiner Vaterstadt eine halbe Million Sesterzen, deren Zinsertrag zum Unterhalt einer Anzahl armer Kinder verwendet werden sollte. Alles war dem Schenker daran gelegen, dem municipium diess Einkommen auf alle Zeiten hinaus zu sichern. Wie konnte er diess erreichen? Sich selbst als Darlehnsschuldner für die benannte Summe hinzugeben und jährliche Zinsen zu versprechen, schien gefährlich. Eine bloss persönliche Verpflichtung der Erben bot ja keine Sicherheit. Ebensowenig empfahl sich die Auszahlung des Kapitals und die freie Verwaltung derselben durch die Stadt. Denn abgesehen davon, dass es für die Municipion äusserst schwer hielt, Gelder auf vortheilhafte und sichere Weise anzulegen,[7]) so blieb für die Zukunft immer noch die Gefahr, es möchte das Kapital selbst anderweit verwendet, oder dem Zwecke des Stifters entfremdet werden. Plinius schlug einen ganz andern Weg ein. Er mancipirte der Stadt eines seiner Grundstücke, dessen jährlicher Ertrag die Zinsen einer halben Million HS, also zu 6% die Summe von 30,000 HS, weit überstieg, und liess sich alsdann dasselbe Grundstück unter Auferlegung der ganzen Zinssumme als jährlicher Steuer zurückmancipiren. Die Folge war, dass nun die 30,000 HS Gegenstand einer dinglichen, keiner persönlichen Forderung waren, dass sie mithin nicht sowohl von Plinius und seinen Erben, als von dem Grundstück selbst, also von dem jedesmaligen Inhaber desselben, eingefordert werden konnten. Dasselbe Verfahren war auch für die kaiserlichen Stiftungen anwendbar. Die Zinsen der bewilligten Gelder wurden von den einzelnen Empfängern

---

6) VII. 18. Pro quingentis millibus nummum, quæ in alimenta ingenuorum ingenuarumque promiseram, agrum meis longe pluris actori publico mancipavi, eundem vectigali imposito recepi, tricena millia annua daturus.

7) Plinius ep. X. 62.

mit Hilfe einer Mancipation und Remancipation bestimmten liegenden Gütern gleichsam als Grundsteuer[8]) für alle Zukunft auferlegt. Das so belastete prædium erschien nun selbst als obligirt und konnte daher nicht nur einmal, wie das Pfand, sondern für den jedesmaligen Rückstand, immer von Neuem wieder verkauft werden. Dabei war auch kein Mangel an Käufern zu fürchten, sobald nur der Ertrag die jährliche Steuer übertraf. Und dass hierauf vorzüglich geachtet wurde, zeigt die Vergleichung der einzelnen Zinsposten mit der Schätzung der einem jeden derselben entsprechenden Grundstücke nach den Angaben der beiden genannten Urkunden. Auf diese Weise war eine bestimmte jährliche Einnahme gesichert, das Kapital willkührlicher Verwendung entzogen, die Forderung vor Zersplitterung unter einer grossen Anzahl von Verpflichteten gesichert, und so im vollsten Sinne des Worts für die æternitas italiæ gesorgt. Und diess wurde erreicht durch die Begründung eines dinglichen Forderungsrechtes, einer Verpflichtung der Grundstücke, einer obligatio prædiorum.

Das gewonnene Resultat giebt eine befriedigende Erklärung mehrerer in den erwähnten Urkunden enthaltener Ausdrücke, welche sich mit dem Begriff des Pfandrechts nicht vereinigen lassen. Dahin gehört vor allem das beständig wiederkehrende: obligare debet. Die vollgiltige Verpfändung verlangt Nichts weiter als einen blossen formlosen Vertrag. Wer wollte diesen vor dem wirklichen Abschluss erst verabreden? Obligare debet hat einen ganz andern Sinn, es enthält nicht die Verpflichtung zum Abschluss eines Pfandvertrags, sondern die ganz verschiedene zur Vornahme der Mancipation und Remancipa-

---

8) Denn diese wurde durchgängig als ein dingliches Forderungsrecht angesehen. Fr. 6. pr. De public. (XXXIX. 4.) Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt: *in vectigalibus ipsa prædia, non personas conveniri*, et ideo possessores etiam præteriti temporis vectigal solvere debere, eoque exemplo actionem, si ignoraverint, habituros. — L. 2. C. de annon. et trib. (X. 16.) — — annonas autem is solvere debet, qui possessiones tenet et fructus percipit. L. 3. C. eod. *Indictiones non personis sed rebus indici solent*, et ideo ne ultra modum earundem possessionum, quas possides, conveniaris, præses provinciæ prospiciet.

tion, mit deren Hilfe die Belastung des Grundstücks herbeigeführt wird. — Ferner: in der veleiatischen Tafel ist der Ausdruck obligare öfter von der Handlung des Gläubigers gebraucht. Diese Anwendung ist dem pfandrechtlichen obligare völlig fremd, hier obligirt immer nur der Schuldner oder ein Dritter für ihn; wo dagegen obligare die Begründung einer Forderung bezeichnet, da kann der Gläubiger als Subject, der Schuldner, hier also das Grundstück selbst, als Object genannt werden.[9]) Wenn es daher § 16 heisst: deducto vectigali (sc. prædio) et *iis (sc. prædiis) quæ Cornelius Gallicanus et Pomponius Bassus obligaverunt*, so dürfen wir diess obligare nicht mit Hugo[10]) von dem «*sich verpfänden lassen*» verstehen, sondern haben an die Verpflichtung des Grundstücks, welches jetzt selbst als Schuldner dasteht, zu denken.

10. Der wichtigste Schritt in der Entwicklung der Prædiatur ist die Möglichkeit, das Vermögen ohne den Inhaber, die bona prædia ohne den præs oder manceps zu veräussern. Derselbe Fortschritt findet sich auch in dem Recht der Execution. Trotz dieser Umgestaltung blieb der alte Ausdruck: *prædes vendere* fortwährend in Uebung. Cicero bedient sich desselben abwechselnd mit bona prædia vendere.[1]) Eben so sagt Sueton von Kaiser Claudius: venalis pendidit.[2])

---

9) Gaius IV. § 31.: stipulatione obligat adversarium. Vgl. Fr. 27. De reb. cred. (XII. 1.) civitas mutui datione obligari potest.

10) Rechtsgeschichte. 11te Ausg. S. 277. n. 3. S. 501. n. 3.

1) Cicero philipp. sec. c. 31. verglichen mit in Verrem II., 1. c. 54.

2) C. 9.

X.

Die fiscalische obligatio bonorum.

---

1. Zur Zeit der Republik gab es nur eine öffentliche Kasse, das saturnische Aerar. August gründete noch eine zweite, die von ihm sogenannte Kriegskasse, welcher er ausser seinen eigenen und den von auswärtigen Königen und Provinzen eingehenden Zuschüssen den Ertrag der fünfprozentigen Erbschaftssteuer zuwies.[1]) Diese Abgabe war bereits früher, wahrscheinlich durch eine Bestimmung des voconischen Gesetzes[2]) eingeführt, wieder aufgehoben, dann durch Cäsar von neuem vorgeschlagen,[3]) endlich durch August zum Gesetz erhoben und gegen Widerstand und Aufruhr durchgeführt,[4]) von M. Antoninus philosophus

---

[1]) Dio LV. 24. 25. Suetonius im Leben des Octavianus c. 49. — Ueberdiess finden sich Beispiele von Vermögensconfiscationen zu Gunsten des ærarium militare. So wurde das Vermögen des jungen Agrippa zur Kriegskasse gezogen. Dio LV. 32. Zonaros X. 37. Auch die ducentesima rerum venalium floss in dieselbe Kasse. Tacitus ann. I. 78. Vgl. Dio LVIII. 16, und über die Aufhebung der Steuer Dio LIX. 9. Suetonius, Caligula c. 16. Endlich eine von Patinus angeführte Münze mit den Buchstaben R. CC., d. h. remissa ducentesima, vgl. Baumgarten-Crusius zu Suetonius a. a. O.

[2]) S. meine lex voconia § 29.

[3]) Dio LV. 25. Pomponius in Fr. 2. § 44 De or. iur. (I. 2.)

[4]) Dio LV. 26. LVI. 28.

bestätigt,[5]) später von Caracallus auf zehn Prozente erhöht und auf jede Art von Schenkungen ausgedehnt,[6]) bald darauf aber während Macrins kurzer Regierung auf das alte Maas zurückgebracht.[7]) Die Privilegien, welche dem ærarium populi romani von Alters her zukamen, fanden auf die neugeschaffene Kasse keine Anwendung. Und diess war um so fühlbarer, da auch die Erbschaftssteuer nicht anders als die vectigalia publica populi romani an die Gesellschaften der Publicanen verpachtet wurde,[8]) sicher wenigstens in Italien,[9]) nicht in den Provinzen, wo ihr

---

5) Iulius Capitolinus, in den scriptores historiæ augustæ, ed. Casaubon. Parisiis. 1620. p. 27. B. Leges etiam addidit de vicesima hereditatium, de tutelis libertorum &c.

6) Dio LXXVII. 9.

7) Dio LXXVIII. 12. Von Eleogabal heisst es bei Lampridius c. 2. Ad vicesimam hereditatium mulionem curare iussit, iussit et cursorem, iussit et cocum et claustrarium artificem.

8) Ueber die Verpachtung an Publicanen: Plinius panegyricus c. 37: (Nerva) ratus, improbe et insolenter ac pæne impie his nominibus inseri *publicanum*. c. 39. statuit enim communis omnium parens (Traianus) summam, quæ publicanum pati possit. — Testamentum Dasumii nach Rudorffs Restitution a. a. O. S. 386—395. Auf Inschriften kommen nicht selten magistri und promagistri vicesimæ hereditatium vor: der magister bei Spon. Misc. er. antiq. sect. IV. p. 943. (antiq. rom. t. IV. p. 943.), der promagister bei Gruter p. 426. 5. p. 454. 8. 9. und zuletzt noch in folgender Inschrift, welche sich bei Agostino Gervasio, osservazioni intorno a due iscrizioni messinesi, Napoli 1840. p. 9. n. 2. in folgender Gestalt findet: C. LEPIDIUS | C. F. PAL | SECUNDUS | PRÆF. FABR. PR. | COH. TR. | MILIT. | PROMAG. XX | HEREDIT. AUG | LUNÆ D. D. | und die so zu lesen ist: C. Lepidius Caii filius palatina præfectus fabrum præfectus cohortis tribunus militum promagister vicesimæ hereditatium augustalis lunæ dat dedicat. Dass aber die magistri und promagistri den Publicanen-Gesellschaften angehören, ergibt sich aus Cicero pro Plancio c. 32. ad famil. 13. 9. in Verrem II. 70. 75. III. 71. 74. Vgl. Fr. 57. De V. S. (L. 16.)

9) Diese Beschränkung ergibt sich aus dem Umstand, dass wir in den Provinzen ein vollzähliges, unmittelbar von dem Kaiser abhängiges Steuerpersonal für den Bezug der XX hereditatium finden: procurator augusti ad vectigal XX hereditatium per pamphyliam lyciam phrygiam, bei Muratori p. 591. 4. — procurator XX hereditatium per gallias lugdunensem et belgicam et utramque germaniam, bei Gruter p. 389. 2. 434. 3. — *princeps tabularius* in statione XX hereditatium, bei Orelli 3337. Gruter 590. 5. 599. 9. — *adiutor tabular.* XX hereditatium, bei Gruter 590, 10. — *librarius XX*, bei Gruter 463. 7. — *a commentariis* XX hereditatium, bei Gruter 590. 9. — *procurator* augustorum Severi et Antonini pii felicis a rationibus XX hereditatium, bei Reinesius cl. 1. 265. Muratori 258. 1. —

Ertrag auch viel unbedeutender sein musste.[10]) Diesem Uebelstand liess sich jedoch sehr leicht abhelfen. Es bedurfte nur einer gesetzlichen Bestimmung, welche die Vorrechte des Staatsärars auf die Kriegskasse übertrug. Das geschah wirklich. Dasselbe Gesetz, welches die Erbschaftssteuer einführte, und auch ohne Zweifel ihre Bestimmung zur Unterhaltung der Kriegskasse, ebenso ihre Verpachtung an die Publicanen festsetzte und im Einzelnen ordnete, eben dasselbe unterwarf die Pächter den Bestimmungen des ius prædiatorium, das heisst, es gab dem Kaiser gegenüber den Schuldnern seiner Kriegskasse dieselben Rechte, welche das Volk gegenüber den Prädiatoren von Alters her hatte. Die Pächter der Erbschaftssteuer sollten also wie jene Bürgen stellen, sie sollten überdiess noch mit allem ihrem Vermögen, auch ohne ausdrückliche Verpfändung, haften und zur Subsignation desselben verpflichtet sein, sie sollten mit einem Wort, wie die Prädiatoren dem Volk, so dem Kaiser durch prædes und prædia Sicherheit leisten. Von diesen beiden Verpflichtungen wird nur die erste, die stillschweigende Verhaftung des ganzen Vermögens, ausdrücklich bezeugt. Zwar spricht Gaius III § 125

---

exactores, Gruter 591. 3. Hagenbuch epist. epigr. p. 521. 599. — *dispensatores*, Fabretti inscr. dom. 37. 183. — *vilicus summarum* (sc. rationum) Avellino, opuscoli t. III. p. 79. — *arcarius*, Fabretti 37. 181. Gervasio, osservazioni intorno a due iscrizioni messinesi: DIS. MANIBUS | EPITYNCHANI. CÆS | N. SER. CANDIDIAN | QUI EXIEBAT. IN OFFICIO | ASIÆ. ARK. XX. HERED. | d. h. dis manibus Epitynchani cæsaris nostri servi Candidiani qui exiebat in officio asiæ arkarius vicesimæ hereditatium. — In Rom selbst finden sich diese Beamten nicht, mit Ausnahme des procurator, der auch dort vorkommt, wie folgende Inschrift (aus dem journal des savans, novembre 1837, p. 661. bei Gervasio a. a. O. p. 11. n. 4.) beweist: Caio Iulio, Caii filio, quirina, Celso, a libellis et censibus, procuratori provinciarum lugdunensis et aquitaniæ, procuratori patrimonii, *procuratori vicesimæ hereditatium Romæ*, procuratori neaspoleos et mausolei alexandriæ, procuratori vicesimæ hereditatium per provincias narbonensem et aquitanicam, dilectatori per acquitanicam et novempopulos, curatori viæ lignariæ triumphalis. Gefunden zu Lyon im Jahr 1836.

10) Die Steuer war ja auf die römischen Bürger beschränkt, wie sich aus Plinius panegyricus c. 37. mit Sicherheit ergibt. Eben das bewog den Kaiser Caracallus, allen noch übrigen Latinen und Peregrinen auf einmal das Bürgerrecht zu ertheilen, wie Dio LXXVII. 9. bezeugt.

auch von satisdationes, quæ ex lege vicesima hereditatium proponuntur und auf welche die Beschränkungen des cornelischen Gesetzes keine Anwendung finden. Allein hierunter können eben so gut Bürgschaften der Erben und Legatare verstanden sein; die Publicanen sind auf keine andere Weise für die richtige Leistung der Abgabe gesichert, nicht durch das Pfändungsrecht, denn dieses ist auf die vectigalia publica populi romani beschränkt,[11]) daher, wenn man hier wenigstens genau interpretirte, auf das vectigal augusti[12]) nicht anwendbar, wenn es auch nach Aufhebung der Legisactionen noch fortbestand;[13]) eben so wenig durch die Strafe des Doppelten oder Vierfachen, denn um diese anzunehmen bedürfte es eines bestimmtern Zeugnisses als des in dem panegyricus des Plinius c. 40 enthaltenen.[14]) Der Mangel eines ausdrücklichen Zeugnisses ist jedoch hier von wenig Gewicht, weil die Bürgschaftstellung den Publicanen späterhin in der Regel erlassen wurde.[15])

Die stillschweigende Verhaftung des ganzen Vermögens wird von dem Verfasser des fragmentum de iure fisci erwähnt.

§ 5. Bona eorum, qui cum fisco contrahunt, lege vicesimaria velut pignoris iure fisco obligantur, non solum ea quæ habent, sed ea quoque quæ postea habituri sunt.[16])

---

11) Gaius IV. § 28. item lege...data est pignoris captio publicanis *vectigalium publicorum populi romani* adversus eos, qui aliqua lege vectigalia deberent,

12) Muratori, 591. 4. oben n. 8.

13) Gaius IV. §§ 30. 32. Fr. 2. § 20. Vi bon. rapt. (XLVII. 8.)

14) Alius (sc. princeps) ut contumacibus irasceretur tarditatemque solvendi dupli vel quadrupli irrogatione multaret: tu nihil referre iniquitatis existimas, exigas quod deberi non oppotuerit, an constituas ut debeatur.

15) Paulus R. S. V. 12. § 12. Locatio vectigalium, quæ calor licitantis ultra modum solitæ conductionis inflavit, ita demum admittenda est, si fideiussores idoneos et cautionem is, qui licitatione vicerit, offerre paratus sit.

16) Das Wort vicesimaria hat erst Bœking (fragmenta Ulpiani aliaque fragmenta ed. III. Bonnæ 1845. p. 134. n. 17.) in den Zügen der Handschrift wieder erkannt. Es war nach einer brieflichen Mittheilung desselben Gelehrten in folgender Weise «XXmaria», nicht vicesiaria, wie zuerst vermuthet worden, geschrieben. Die Richtigkeit der Restitution selbst ist ausser Zweifel, und gegen sie kann auch der Umstand nicht geltend gemacht werden, dass die Pandektenschriftsteller unser Gesetz gewöhnlich lex vicesima, nicht lex vicesimaria nennen. Fr. 2. § 44. De or. iur. (I. 2.) Fr. 13. De transact. (II. 15.) Aemilius Macer libro I ad legem vicesimam hereditatium, in

Diess Zeugniss scheint weiter zu gehen als die Thatsache, für welche wir es anführen. Das stillschweigende Pfandrecht wird hier nicht auf die unter kaiserlicher Verwaltung stehende Kriegskasse beschränkt, sondern dem kaiserlichen Fiscus im Allgemeinen zugeschrieben; und, was noch wichtiger ist, es kommt nicht allein gegen die Zollpächter, sondern auch gegen die Contractschuldner überhaupt zur Anwendung. Diese doppelte Erweiterung ist das Resultat einer spätern Entwicklung, welche unter dem Einfluss der wachsenden kaiserlichen Macht die ursprünglichen Grenzen des Gesetzes überschritt und dem privilegium seine grösstmögliche Ausdehnung gab. Der Ausdruck: *qui cum fisco contrahunt*, welcher ohne Zweifel dem Gesetz selbst angehörte, bot einen willkommenen Anhaltspunkt für jene Usurpation. Ursprünglich auf die Contracte der Zollpächter beschränkt, — eine Anwendung, in welcher sich derselbe Ausdruck in dem fiscalischen Recht öfter findet [17]), — wurde er späterhin auch auf alle andere Verträge ausgedehnt, und demgemäss das stillschweigende Pfandrecht des Fiscus überall zur Anwendung ge-

---

dem index florentinus einfach: *Μαχρου ἐικοσιων βιβλια δυο.* Fr. 37. De rel. et sumpt. fun. (XI. 7.) Fr. 7. Qui test. fac. (XXVIII. 1.) Fr. 154. De V. S. (L. 16.) Fr. 68. Ad leg. falc. (XXXV. 2.), alle aus demselben Werke des Macer. Endlich auch Gaius III. § 125.

17) Beispiel: eine Constitution der Kaiser Severus und Antoninus (Fr. 1. § 9. De lege corn. de fals. XLVIII. 10. Fr. 49. pr. Loc. XIX. 2.) verbietet den Vormündern während ihrer Verwaltung oder auch nach Beendigung derselben vor der Rechnungsablegung prædia cæsaris zu pachten. Diess wurde durch Interpretation auf die fiscalischen Ländereien und auf die vectigalia ausgedehnt. (Fr. 49. § 1. Loc. XIX. 2. L. un. C. ne tut. vel cur. vect. cond. V. 41.) Auf der Uebertretung stand die pœna falsi. Drei Fälle wurden jedoch ausgenommen. Der Vormund, welcher iure hereditario in den Contract succedirt, derjenige, welcher erst nach dem Tod des Pfleglings, obgleich vor der Rechnungsablegung an den Erben, den Vertrag abschliesst, endlich derjenige, welcher den Pachtcontract bereits abgeschlossen hatte, als ihm die Vormundschaft angetragen wurde, ist von jener Strafe frei. In der Darstellung dieses Rechts bedient sich Marcian ganz regelmässig des Ausdrucks: contractus fiscalis und cum fisco contrahere (Fr. 1. §§ 9—12. De lege corn. de fals. XLVIII. 10.), während die andern Juristen ausschliesslich von der conductio prædiorum et vectigalium reden.

bracht, wo nicht etwa Strafforderungen,[18]) abgetretene Klagen,[19])

[18]) Für die Strafforderungen hat der Fiscus nicht nur kein Pfandrecht, sondern auch nicht einmal das persönliche privilegium exigendi. Fr. 17. 37. 48. § 1. De iure fisci. (XLIX. 14.) L. un. C. pœnis fiscal. cred. præf. (X. 7.) Ueber das ius commune privatorum, welches in Fr. 37. c. den Strafforderungen des Fiscus angewiesen wird, herrschen ganz verschiedene Meinungen. Verkehrt ist die des Cuiacius (opp. t. IV. p. 1278.), richtig die Zimmerns, Geschichte des röm. Rechts. B. III. S. 261. n. 4.a Die übrige Litteratur bei Glück, Erläuterung. B. XIX. S. 78. n. 95. Die Privatgläubiger sollen nur für die rei persecutio, nicht für die Strafgelder den Vorzug vor den pœnæ fiscales haben. Alle Strafforderungen stehen also auf einer Linie und kommen neben einander, nicht hinter einander zur Befriedigung.

[19]) Fr. 6. pr. De iure fisci. Es ist darüber gestritten worden, was Ulpian unter dem Ausdruck privilegium verstehe. Der Fiscus hat verschiedene Privilegien, z. B. das privilegium der usuræ semisses, Fr. 6. c. Fr. 17. § 6. De usur. (XXII. 1.); er braucht keine Caution zu leisten Fr. 1. § 18. Ut legator. seu fideicomm. servand. causa (XXXVI. 3.); fiscus ex suis contractibus usuras non dat sed ipse accipit Fr. 17. § 7. De usur.; für fiscalische Forderungen gilt das Schuldgefängniss edictum Tiberii Iulii Alexandri § 4. Fr. 9. § 6. Ad leg. iul. pecul. (XLVIII. 13.) L. 4. Th. C. de fisci debitor. (X. 17.); er hat das privilegium exigendi, vermöge dessen er im Concurs eine bevorzugte Stellung einnimmt. Paulus R. S. V. 12. § 10: privilegium fisci est, inter omnes creditores primum locum tenere. Fr. 34. de rebus auctorit. iudic. (XLII. 5.); er hat endlich für contractliche Forderungen ein stillschweigendes Pfandrecht, welches auch privilegium genannt wird. Fr. 37. De reb. auctor. iudic. (XLII. 5.) (Dazu Cuiacius opp. t. IV. p. 1277.) L. 2. C. de servo pign. dato (VII. 8.) L. 2. C. de priv. fisci. (VII. 73.) Ein weiteres privilegium, welches weder auf das Generalpfandrecht, noch auf das ius exigendi zurückgeführt werden darf, besteht in dem Rechte, an der Stelle des insolventen Schuldners dessen debitor zu belangen. Fr. 3. § 8. De iure fisci (Ulpian.) L. 3. 4. C. quando fiscus vel privatus debitoris sui debitores convenire possit vel debeat. (IV. 15.) L. 1. C. de condict. ex lege (IV. 9.) Cuiacius ad Fr. 3. § 8. c. (opp. t. VIII. p. 415.) leitet diess Recht des Fiscus aus dem Generalpfande desselben ab, denn dieses begreife auch die nomina nach L. 4. C. quæ res pignori, spricht ihm also die Natur eines selbstständigen privilegium ab. Gegen diese Annahme sprechen mehrere Gründe. *a*) In Fr. 3. § 8. und in den LL. 3. 4. C. cc. wird des Pfandrechts als Vorbedingung gar nicht gedacht, vielmehr die Befugniss dem Fiscus ganz allgemein zugesprochen. *b*) Das pignus nominis führt eine doppelte Befugniss mit sich: der Pfandgläubiger kann die Schuld nach seiner Wahl verkaufen oder selbst eintreiben. Dem Fiscus aber wird kein Verkaufsrecht eingeräumt. *c*) Der Pfandgläubiger klagt mandatis actionibus oder utiliter, der Fiscus dagegen mit einer condictio ex lege, ohne den Verfalltermin abzuwarten, und nur in subsidium, wenn der debitor principalis insolvent ist. *d*) Zu allem dem kommt, dass die Primipilarschuld, von welcher Diocletian in L. 1. C. de condict. ex lege (IV. 9.) spricht, gar kein Pfandrecht hatte. L. 4. C. in

Verpflichtungen der fiscalischen Beamten aus ihrer Verwaltung,[20]) residua der Magistrate[21]) zur Geltendmachung vorlagen.[22]) Denn diese Fälle liessen sich unmöglich unter das contrahere ziehen, selbst wenn man diesen Ausdruck in seinem weitesten Sinn zu nehmen entschlossen war.

2. Die angedeutete Entwicklung der fiscalischen obligatio bonorum wird durch die übrigen Nachrichten, welche uns theils in den Fragmenten der iustinianischen Sammlung, theils auch in andern Quellen erhalten sind, bestätigt. Neben einer grössern Anzahl von Stellen, welche das fiscalische Pfandrecht

---

quib. caus. pign. L. 3. C. de primip. (XII. 63.) Die richtige Erklärung dieser beiden Fragmente gibt Glück, Erläuterung. B. XIX. S. 73—78. Wir haben demnach hier ein selbstständiges privilegium personæ mit dem Umfang des privilegium exigendi, und wie dieses durch die necessitates publicæ L. 1. C. c. gerechtfertigt. Daher wird öfters von privilegia fisci in der Mehrheit gesprochen. Fr. 33. Fr. 6. § 1. De iure fisci. Wo aber von privilegium schlechtweg die Rede ist, da wird bloss das persönliche Vorzugsrecht, das privilegium, quod inter personales actiones vertitur (Fr. 74. De iure dot. XXIII. 3. Vgl. L. 9. C. qui potiores VIII. 18.) verstanden. Fr. 37. De iure fisci: privilegium adversus creditores. Plinius ep. X. 110. Fr. 10. Ad municipalem et de incolis. (L. 1.) Diess Vorzugsrecht datirt von der Eintragung in das öffentliche calendarium, d. h. es kommt nur gegen die spätern Gläubiger des debitor cessus zur Anwendung. Dieselbe Eintragung in das öffentliche calendarium wird auch in Fr. 3. § 8. D. eod. hervorgehoben in den Worten: vel ex ratione fisci nomina facta liquido probentur; welche Cuiacius ad h. f. (opp. t. VIII. p. 415.) gänzlich missversteht. Die Beziehung des privilegium auf das Pfandrecht ist schon mit Fr. 3. § 7. De iure fisci vgl. Fr. 60. § 1. De cond. et dem. (XXXV. 1.) völlig unvereinbar. Indess sind manche anderer Meinung. Z. B. Mühlenbruch, Cession. 3te Auflage. S. 578. ff. Vgl. v. Vangerow, Leitfaden B. I. S. 768.

20) In unsern Rechtsquellen findet sich kein Beispiel eines solchen Pfandes. Auch die Primipilarschuld hatte keinen Pfandanspruch. L. 4. C. in quib. caus. pign. L. 3. C. de primip. (XII. 63.) Vgl. Klenze, über die gesetzlichen Vorrechte der fiscalischen Forderungen, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. B. VIII. S. 401—407.

21) Fr. 9. § 6. Ad leg. iul. pec. (XLVIII. 13.) Die pignoris captio, welche hier erwähnt wird, ist bloss ein indirectes Zwangsmittel und ruht nicht auf einem stillschweigenden Pfandrecht.

22) Die aufgezählten Fälle sind nicht erschöpfend. Es gibt noch andere Forderungen ohne Contract, so z. B. die Verpflichtungen der nominatores. L. 1. Th. C. de susc. (XII. 6.) L. 17. Th. C. de iure fisci. (X. 1.) L. 2. I. C. de susc. (X. 70.) L. 4. C. in quib. caus. pign. Auch hier kann ein stillschweigendes Pfandrecht des Fiscus nicht angenommen werden.

noch nicht kennen, finden sich andere, die es für die Contracte in Anspruch nehmen, und unter diesen wieder mehrere, welche die Entstehung der Forderung aus einem Zollpacht, einer conductio vectigalium, ausdrücklich hervorheben. Wir wollen diese Zeugnisse, wenigstens die wichtigsten derselben, hier einzeln betrachten. Zuerst diejenigen, welche noch kein Pfandrecht des Fiscus anerkennen.

Aus der Regierung des Kaisers Galba ist uns ein Edict erhalten, in welchem der ägyptische Provinzial-Magistrat Tiberius Julius Alexander den vielfältigen Klagen der Provinzialen über Missbräuche in der Finanzverwaltung abzuhelfen suchte. Eine Hauptbeschwerde betraf die widerrechtliche Ausdehnung fiscalischer Privilegien. Die Beamten des Schatzes waren so weit gegangen, einem andern Gläubiger des fiscalischen Schuldners sein giltig erworbenes Pfand, ja selbst die ausgezahlte Schuldsumme abzufordern und dem Käufer die gekaufte Sache gewaltsam wegzunehmen. Den durch ein solches willkührliches Verfahren untergrabenen Credit suchte Alexander durch folgende Bestimmungen wieder herzustellen: Sachen, welche der fiscalische Schuldner einem andern Gläubiger zum Pfand gegeben hat, dürfen diesem nicht abgefordert werden. Ebenso wenig soll man den Käufer einer Sache, welche der Schuldner des Schatzes veräusserte, zur Rückgabe derselben nöthigen. Zuletzt kann der Fiscus die Herausgabe der zur Tilgung einer anderweitigen Forderung abgetragenen Schuldsumme von dem Empfänger nicht zurückverlangen. Neben diesem dreifachen Verbot wird jedoch dem procurator cæsaris und den Dispensatoren, welche das kaiserliche Privatvermögen in der Provinz verwalten, die Ergreifung gewisser provisorischer Sicherheitsmaassregeln gegen einen der Insolvenz verdächtigen Schuldner eingeräumt. Sie bestehen in der Eintragung seines Namens in das calendarium des Schatzes,[1]) in einer

[1]) Die Worte: κατέχεσθαι αὐτοῦ τὸ ὄνομα entsprechen der in unsern Rechtsquellen durch referre inter nomina debitorum bezeichneten Handlung.

durch öffentlichen Anschlag erlassenen Warnung, mit dem unsichern Schuldner keine Verträge mehr abzuschliessen, endlich in der Beschlagnahme einzelner Vermögensstücke, die als Pfänder in den Staatsarchiven aufbewahrt werden sollen. Erst nach der Ergreifung dieser Maassregeln treten für dritte Gläubiger oder Käufer diejenigen Nachtheile ein, welchen sie sich bisher ohne alle vorgängige Warnung unterworfen sahen. Wer jetzt erst eine dem verdächtigen Schuldner zugehörende Sache kauft oder zum Pfand erhält, oder Bezahlung davon trägt, kann zur Zurückgabe seines Erwerbes angehalten werden. So weit die Bestimmungen des römischen Provincial-Magistrats. Die genauere Betrachtung derselben überzeugt leicht, dass an ein stillschweigendes Generalpfand des Fiscus nicht gedacht wurde. Ein solches war ja ohne weiteres gegen den späteren Käufer oder Pfandgläubiger durchzuführen; es berechtigte sogar zur Rückforderung einer von dem Gemeinschuldner geleisteten Zahlung, selbst nach der Consumtion des ausgezahlten Geldes.[2]) Der Vorzug des Fiscus bestand einzig und allein in dem privilegium exigendi; dieses vor willkührlicher Erweiterung der Fiscusbeamten zu schützen, war der Zweck jenes Edicts.

Es ist sehr leicht begreiflich, dass die ersten Bearbeiter

Ulpian erwähnt dieselbe in Fr. 6. pr. De iure fisci. (XLIX. 14.) bei cedirten Forderungen, Paulus in Fr. 9. § 6. Ad legem iul. pecul. (XLVIII. 13.) in Bezug auf die reliqua ex administratione magistratuum.

[2]) L. 5. C. de priv. fisci (VIII. 73.) Imp. Alexander a. 225. Pecunia, quam creditor a debitore suo recepit, si postea *ex iusta causa* fisco restituenda erit, sine usuris debetur, quia non fœnus contractum, sed *suum recuperatum extraordinario iure aufertur*. — Fr. 21. De iure fisci. (XLIX. 14.) Paulus III. quæstionum — — neque differentiam admittendam esse existimo interesse putantium, id ipsum, quod solutum est, an tantumdem repetatur. Scientia des Empfängers ist nicht erforderlich, auch gegen den creditor ignorans kann der Fiscus auftreten. Fr. 18. § 10. De iure fisci. — Vgl. L. 3. C. de privilegio fisci. — verba: salva igitur indemnitate fisci. — Fr. 12. Ad leg. iul. pecul. (XLVIII. 13.) — Diess Recht des Fiscus ist offenbar subsidiär: *ex iusta causa*. Das Pfandrecht muss zuerst erschöpft sein. Eine ähnliche Bestimmung zu Gunsten dritter Besitzer der dem Fiscus verhafteten Gegenstände wurde von Caracallus eingeführt. Der Hauptschuldner muss zuerst ausgeklagt sein. Fr. 47. pr. De iure fisci.

unserer Inschrift: Schrader,[3]) Rudorff[4]) und Spangenberg[5]) in den angeführten Bestimmungen einen unumstösslichen Beweis für den spätern Ursprung des fiscalischen Generalpfandes erblickten. Dieser wird aber nun durch die Böckingsche Restitution widerlegt. Schon August räumte dem Fiscus ein Pfandrecht ein. Der Widerspruch, in welchem diese beiden gleich verbürgten Thatsachen zu stehen scheinen, löst sich durch die Berücksichtigung der Grenzen, in welche die lex vicesima das Recht des kaiserlichen Schatzes einschloss. Sie spricht ausschliesslich von den Zollpächtern, das Edict des Tiberius eben so ausschliesslich von Verpflichtungen der öffentlichen Beamten aus ihrer Verwaltung. Diese Beschränkung wird gleich am Eingang durch den Ausdruck: *τὸ τῶν δημοσίων ὄνομα*, (d. h. der Name, die Qualität der Staatsdiener) angedeutet, durch folgende Aufzählung aber über allen Zweifel erhoben:

Ἐδηλώθη γάρ μοι πολλάκις, ὅτι ἤδη τινὲς καὶ ὑποθήκας ἐπείρασαν ἀφελέσθαι νομίνως γεγονυίας, καὶ ἀποδεδομένα δάνεια παρὰ τῶν ἀπολαβόντων ἀναπράσσειν πρὸς βίαν καὶ ἀγορασμοὺς ἀναδάστους ποιεῖν, ἀποσπῶντες τὰ κτήματα τῶν ὠνησαμένων, ὡς συμβεβληκότων τισὶν ἀναβολικὰ εἰληφόσι ἐκ τοῦ φίσκου, ἢ στρατηγοῖς, ἢ πραγματικοῖς, ἢ ἄλλοις τῶν προσοφειληκότων τῷ δημοσίῳ λόγῳ. κελεύω οὖν, ὅστις ἂν ἐνθάδε ἐπίτροπος τοῦ κυρίου ἢ οἰκονόμος ὑποπτόν τινα ἔχῃ τῶν εν τοῖς δημοσίοις πράγμασι ὄντων, κατέχεσθαι αὐτοῦ τὸ ὄνομα ἢ προγράφειν, ἵνα μηδεὶς τῷ τοιούτῳ συμβάλλῃ, ἢ μέρῃ τῶν ὑπαρχόντων αὐτοῦ κατέχειν ἐν τοῖς δημοσίοις γραμματοφυλακίοις πρὸς ὀφείλημα.

Unter den *ἀναβολικὰ εἰληφόσι ἐκ τοῦ φίσκου* sind diejenigen öffentlichen Beamten zu verstehen, welche nach der über ihre Verwaltung abgelegten öffentlichen Rechnung dem Fiscus gegenüber noch im Rückstande sind, qui reliqua ex fisco trahunt, qui fisco reliquantur.[6]) Als solche Beamte werden die Strategen

[3]) In der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft. Band 1. Heft 2. S. 129—134. Tübingen 1826.

[4]) Das Edict des Tiberius Julius Alexander, im rheinischen Museum für Philologie. Jahrgang 2. S. 64—84. 133—191.

[5]) Bemerkungen über das bevorzugte Pfandrecht des Fiscus an dem Vermögen seiner Contrahenten, im civilistischen Archiv. Baud XI. S. 451. ff.

[6]) Fr. 20. § 6. Fam. ercisc. (X. 2.) — Si filius in muneribus publicis — reliquatus est — Fr. 6. § 1. De munerib. et honorib. (L. 4.) — Debitores

genannt, das heisst die Vorsteher der Nomen, in welche Aegypten zerfiel. Ihr Amt ist kein militärisches, sondern besteht aus rein civilen Functionen, unter welchen unsere Inschrift selbst (Z. 49. 50.) Steuersachen erwähnt.[7]) Ihnen schliessen sich die pragmatici an, besonders die Eklogisten[8]) und die verschiedenen Klassen der Schreiber,[9]) mit einem Wort die Steuerbeamten. Nächst diesen werden auch die in den übrigen Zweigen der Verwaltung beschäftigten Staatsdiener genannt. Denn dass in der That unter den ἄλλοις τῶν προσωφειλητῶν τῷ δημοσίῳ λόγῳ auch nur Beamte verstanden sind, wird doch wohl durch die nachfolgende generelle Bezeichnung aller zuvor einzeln genannter ἐν τοῖς δημοσίοις πράγμασι ὄντες über allen Zweifel erhoben. Ein blosser Darlehnsschuldner kann unmöglich in diese Kategorie gestellt werden. Mit diesen Bestimmungen über das Recht des Fiscus gegen seine Verwalter stimmen die oben schon angeführten Zeugnisse der klassischen Zeit überein.[10]) Unsere Quellen geben dem Schatze keinen dinglichen Anspruch an das Vermögen seiner Beamten; nur im Concurse nimmt er kraft des persönlichen privilegium exigendi eine bevorzugte Stellung ein.

Wir haben uns bisher darauf beschränkt, die allgemeinen Bestimmungen des tiberischen Edicts zum Schutze Dritter gegen den Missbrauch des fiscalischen privilegium darzustellen. Nun muss noch eine besondere Begünstigung der dos erwähnt werden. Sie ist in folgenden Worten enthalten:

Τὰς μὲν γὰρ πηοῖκας, ἀλλοτρίας ὔσας καὶ οὐ τῶν εἰλημμένων ἀνδρῶν, καὶ ὁ θεὸς Σεβαστὸς ἐκέλευσεν καὶ οἱ ἔπαρχοι ἐκ τοῦ φίσκου ταῖς γυναιξὶν ἀποδίδοσθαι, ὧν βεβαίαν δεῖ τὴν πρωτοπραξίαν φυλάσσειν.

---

rerum publicarum ad honores invitari non posse, certum est, nisi prius in id, quod debetur, reipublicæ satisfecerint. *Sed eos demum debitores rerum publicarum accipere debemus, qui ex administratione rei publicæ reliquantur.* Ceterum si non ex administratione sunt debitores, sed mutuam pecuniam a republica acceperunt, non sunt in ea causa ut honoribus arceantur.

7) Rudorff a. a. O. S. 76.

8) Z. 37. 54. 63.

9) Rudorff a. a. O. S. 188. n. 11.

10) In diesem Abschnitt § 1. n. 18.

Rudorff[11]) hat hierin einen Vorzug der Dotalforderung vor den Ansprüchen des Fiscus, mit andern Worten ein dem Range nach vorzüglicheres privilegium exigendi der Ehefrau erblicken wollen. Aber abgesehen davon, dass das privilegium der dos dem des Fiscus in der spätern Zeit nachsteht,[12]) sind auch die Worte jener Interpretation keineswegs günstig. *Die von dem Fiscus in Folge der immissio in bona debitoris occupirten Dotalsachen sollen der Frau ausgeliefert werden, weil sie ihr gehören und nicht dem insolventen Ehemann.* Einen andern Sinn können die Worte: ἐκ τοῦ φίσκου ἀποδίδοσθαι nicht haben. Diese bezeichnen nicht das blosse ius exigendi, sondern ein stärkeres Recht, einen Vorzug, in welchem die Frau weder dem Fiscus weicht, noch mit andern dem Range nach gleichstehenden Privilegien concurrirt, nämlich das Recht, die noch in natura erhaltenen Dotalsachen wie eigene vorweg zu nehmen. Hiezu kommt eine Analogie des späteren Rechts. Die Frau, welche einem Sklaven, mit dem sie sich ohne Kenntniss seines Zustandes

---

11) A. a. O. S. 171—174.

12) Das privilegium exigendi der dos wird in folgender Stelle bezeugt: L. un. C. de privil. dot. (VII. 74.) Severus et Antoninus. a. 209; das quasi-privilegium der putativen Ehefrau und der Braut in Fr. 74. De iure dot. (XXIII. 3.) Fr. 22. § 13. Sol. matrim. (XXIV. 3.) Fr. 17. § 1. — Fr. 19. pr. De reb. auctor. iud. (XLII. 5.) In allen diesen Stellen ist von einem Vorzug des privilegium dotis vor andern privilegirten Forderungen keine Rede. Rudorff folgert denselben aus Fr. 1. Sol. matrim. Dotium causa semper et ubique præcipua est, nam et publice interest dotes mulieribus conservari; und aus L. 12. pr. C. qui pot. (Justin.) nos — ad antiquas leges respeximus, in personalibus actionibus rei uxoriæ actioni magnam prærogativam præstantes, ut contra omnes pene personales actiones haberent privilegia et creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores. Allein das erste Fragment spricht ganz allgemein und ohne besondere Beziehung auf das ius exigendi den Grundsatz der Begünstigung der dos aus. Das justinianische Gesetz dagegen erhält durch den Zusatz *pene* eine solche Unbestimmtheit, dass über den Rang des privilegium daraus nichts gefolgert werden kann. Aus allem ergiebt sich, dass das privilegium dotis keineswegs zu den bevorzugten gehört. Es gibt vielmehr andere, die ihm vorgehen. Dahin gehört namentlich das des Fiscus (Paulus R. S. V. 12. § 10. Fr. 34. De rebus auct. iud. XLII. 5.), ausserdem das der Begräbnisskosten (Fr. 45. De relig. XI. 7.) und das depositum, welches auf Rückgabe derselben Geldstücke geschlossen ist. (Fr. 7. § 2. Depositi. XVI. 3.) Unter diesen dreien gilt die Regel der Gleichheit.

verlobt hatte, verschiedene Sachen als dos übergiebt, hat im Concurse das quasi-privilegium exigendi; durch dieses geht sie den übrigen Creditoren des Schuldners vor. Den Forderungen des Herrn dagegen steht sie nach, *jedoch mit Ausnahme der noch vorhandenen Dotalstücke*, welche sie vorweg nehmen darf. Dasselbe gilt für die aus dem Dotalgelde angekauften Gegenstände, quasi et hæ res dotales sint.[13]) Die Bezeichnung dieses privilegium als Protopraxie scheint ganz passend. Denn auch hier handelt es sich um den Vorzug einer persönlichen Klage, und dieser ist vor dem privilegium exigendi nur durch den Grad ausgezeichnet.[14])

Die Sicherheit des Dotalgutes vor den Ansprüchen des Fiscus ist späterhin in einem Falle aufgegeben worden. Zur Deckung eines Rückstandes aus der Primipilarverwaltung des Ehemannes kann auch das Dotalvermögen der Frau in Anspruch genommen werden, jedoch nur dann, wenn das Gut des Mannes und der nominatores nicht hinreicht.[15])

Besondere Beachtung verdient der Grund, welchen Tiberius für die Befreiung des Dotalgutes angiebt. Er scheint mit dem das Dotalrecht beherrschenden Grundsatz, wonach die dos in

---

[13]) Fr. 22. § 13. Sol. matrim. (XXIV. 3.) Dieses privilegium der Frau in Bezug auf ihre Dotalsachen wird übrigens auch von den Kaisern Severus und Antoninus in L. 1. C. ad leg. iul. de vi (IX. 12.) anerkannt. In dieser Stelle ist von dem Rechte des Fiscus die Rede; darauf deutet die pignoris capio. Unten in diesem Abschnitt § 8. Unter debitum ist die Contractsforderung, unter civile munus das tributum verstanden. Diess wird auch von Constantin in L. 1. Th. C. de pignor. (II. 30.) als debitum quod civiliter exigitur bezeichnet. In ähnlicher Weise werden die Dotalsachen von Arcadius und Honorius in L. 9. C. de bon. proscript. (IX. 49.) begünstigt. Hier bildet das «dominium proprium» des Mannes den Gegensatz zu dem dominium in rebus dotalibus.

[14]) Der Ausdruck protopraxia für privilegium exigendi kommt bei Plinius ep. X. 109. 110. vor.

[15]) L. 4. C. in quib. caus. pign. L. 3. C. de primipilo (XII. 63.) In dieser Stelle ist nicht von einem Dotalstücke, sondern von einer possessio dotis titulo obligata die Rede. Es ist aber ganz natürlich, dass wenn die Dotalstücke selbst von dem Fiscus angegriffen werden können, dasselbe auch von den für sie verpfändeten Gütern gelten muss. Das Paraphernalgut der Frau ist von dieser Verhaftung frei. L. 1. C. de privil. fisci. (VII. 73.)

das Vermögen des Mannes übergeht,[16]) in dem offenbarsten Widerspruch. Auch ist dieser durch die Unterscheidung zwischen dem rechtlichen Zustand der Dotalsachen und deren Vermögenswerth noch keineswegs gehoben. Es ist zwar nicht zu läugnen, dass wo der Werth eines Vermögens im Ganzen und nicht der rechtliche Zustand der einzelnen in demselben enthaltenen Sachen in Frage liegt, die dos der Frau, nicht dem Manne zugeschrieben wird.[17]) Aber auf den blossen Vermögenswerth kommt es hier in der That nicht an; nicht der Werth der Dotalsachen, die Sachen selbst sollen der Occupation des Fiscus entzogen sein, sie selbst gehören nicht in das Vermögen des Mannes, sind als solche demselben fremd. Diese Auffassung erinnert an die Darstellung, womit Justinian das Recht der Frau, die nach Auflösung der Ehe noch vorhandenen Dotalsachen zu vindiciren, begründet. Nach der Strenge des Rechts, meint der Kaiser, werde das Eigenthum allerdings auf den Ehemann übertragen, nach einer natürlichen Anschauung des wahren Sachverhältnisses dagegen gehören sie nach wie vor der Frau: quum eædem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in eius permanserint dominio. Non enim, quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est.[18]) Denselben Gesichtspunkt hebt der Präfect Aegyptens hervor, und zwar mit derselben Absicht wie Justinian. Beide Verordnungen verfolgen den gleichen Zweck, die Dotalsachen der Frau gegen die Ansprüche von Seite der Gläubiger des Mannes zu sichern:

---

[16]) Gaius II. § 63. Fr. 21. § 4. Ad municip. (L. 1.) L. 23. C. de iure dot. (V. 12.) Fr. 3. § 2. De suis et legit. (XXXVIII. 16.) L. 3. 11. C. de iure dot. (V. 12.)

[17]) Fr. 21. § 4. Ad municip. (L. 1.) Vgl. Fr. 71. § 3. De condit. (XXXV. 1.) Fr. 25. § 1. Quæ in fraud. credit. (XLII. 8.)

[18]) L. 30. C. de iure dot. (V. 12.) Einen ähnlichen Sinn hat der Satz Tryphonins in Fr. 75. De iure dot. (XXIII. 3.) Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est. Anwendungen dieser Betrachtungsweise finden sich in folgenden Stellen: *a*) Fr. 81. § 1. Fr. 57. Ad leg. aquil. (XXV. 2.) *b*) Fr. 4. De collat. bon. (XXXVII. 6.) Fr. 1. § 9. De dot. collat. (XXXVII. 7.) Vgl. Fr. 15. § 3. Qui satisd. (II. 8.) Fr. 63. De re iud. (XLII. 1.)

Tiberius durch Bevorzugung der persönlichen Klage, Justinian durch Einräumung der vindicatio.

Ungewiss, jedoch im höchsten Grade wahrscheinlich ist es, dass die Dotalstücke der Frau nicht nur gegen das privilegium exigendi des Fiscus, sondern auch gegen dessen Pfandanspruch, da wo ihm dieses höhere Recht zustand, gesichert war. Derselbe Grund, welcher in dem ersten Fall den Ausschlag gab, musste auch den zweiten entscheiden. Ja es ist wohl nicht zu gewagt, wenn wir annehmen, dass die Verordnung des Kaisers Augustus,[19]) auf welche sich Tiberius Alexander beruft, dem Fiscus die Herausgabe der Dotalstücke befahl, ohne Unterschied ob er sie kraft seines privilegium exigendi oder in Folge des Generalpfandrechts in seinen Besitz genommen hatte. Diese Begünstigung des Frauengutes kann selbst dem ius prædiatorium der Republik nicht fremd gewesen sein. Fehlen uns auch hierüber alle ausdrücklichen Zeugnisse, so lässt sich doch die bevorzugte Stellung, welche der dos von Alters her in allen Stücken eingeräumt worden war,[20]) mit ihrer Verhaftung zum Besten des öffentlichen Schatzes nicht reimen. Diese Combination wird durch den Umstand unterstützt, dass das ebenfalls augustische Gesetz über den fundus dotalis nur die ausdrückliche Verpfändung desselben untersagte.[21]) Die Uebergehung der stillschweigenden Verhaftung wäre unbegreiflich, hätte diese überhaupt vorkommen können. Die lex iulia de fundo dotali war freilich auf die nicht kaufsweise Uebertragung des Grundstücks[22]) und nach einer späterhin herrschend ge-

---

19) Denn dieser ist unter θεὸς Σεβαστός zu verstehen, wie Rudorff nach Niebuhr inscr. nub. p. 13. annimmt.

20) Dass auch das ius exigendi der dos der Republik nicht unbekannt war, macht nicht nur der Ausdruck Justinians: antiquæ leges (L. 12. C. de iure dot. V. 12.), sondern besonders die Verordnung des Augustus sehr wahrscheinlich. Dazu kommt, dass die Einziehung des Vermögens zur Strafe selbst in der Zeit der Bürgerkriege die dos der Frau nicht mit umfasst. Dio XLIII. 50. XLVII. 14. XLVIII. 8.

21) Diese Bestimmung der lex iulia wird uns von Justinian mitgetheilt. L. un. § 15. C. de rei uxor. act. (V. 13.) pr. I. quib. alien. lic. (II. 8.)

22) L. un. § 15. C. de rei ux. act. (V. 13.) L. 6. C. de usufr. (III. 33.) L. 1. pr. C. de fund. dot. (V. 23.) Vgl. Fr. 11 De fund. dot. (XXIII. 5.)

wordenen Ansicht auf italisches Land beschränkt.[23]) Allein diese Verschiedenheit des Umfangs reicht nicht hin, den angedeuteten Zusammenhang in Zweifel zu ziehen.

3. Der Fiscus hatte also für die Schulden seiner Beamten aus ihrer Verwaltung kein stillschweigendes Pfandrecht. Dasselbe wird uns für die Darlehnsforderungen bezeugt. Der Beweis liegt in Fr. 21 pr. Qui potiores[1]) aus Scävolas Digesten, deren neuntes Buch unter der gemeinschaftlichen Regierung der Kaiser Marcus und Verus (161—169) geschrieben wurde.[2]) Hier verpfändet Titius dem Fiscus all sein gegenwärtiges Vermögen für eine Darlehnsschuld. Wozu hätte es aber einer ausdrücklichen Verpfändung bedurft, wenn sich die Verhaftung des ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens von selbst verstand? Man würde sich vergeblich auf die Gewohnheit der Römer, selbst gesetzlich zustehende Rechte aus übergrosser Vorsicht zum Gegenstand einer ausdrücklichen Verabredung zu machen, berufen;[3]) denn Titius verpfändet nur sein damals schon erworbenes, nicht auch sein zukünftiges Vermögen,[4]) und Scävolas Entscheid zeigt, dass die erst späterhin erworbenen Sachen gar nicht als verpfändet behandelt werden;

---

23) Gaius II. § 63. pr. I. quib. al. lic. (I. 28.) L. un. § 15. C. de rei ux. act. (V. 13.)

1) Titius Seiæ ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quæ habebat quæque habiturus esset: postea mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei *res suas omnes* obligavit, et intulit Seiæ partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter, ut supra, de pignore convenit. Quæsitum est, an Seia præferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit: item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisivit, *donec universum debitum suum consequatur?* Respondit, nil proponi, cur non sit præferenda. Vgl. Glück, Erläuterung. B. XVIII. S. 215. n. 45.

2) Fr. 3. De transact. (II. 15.) Fr. 24. Ad municip. (L. 1.) Vgl. Zimmern, Geschichte des röm. Privatrechts B. I. S. 360. n. 5—7.

3) Fr. 63. § 8. De furt. (XLVII. 2.) verglichen mit Fr. 7. pr. In quib. caus. pign. tac.

4) Einige Schriftsteller haben auch das zukünftige Vermögen als verpfändet angesehen. So Fritz, Erläuterungen zu Wening. B. I. S. 418. und die von ihm angeführten.

denn in Betreff dieser würde die Regel des Fr. 28. De iure fisci[5]) zur Anwendung kommen, der Fiscus würde vorgehen, der Seia könnte kein ausschliessliches Recht eingeräumt werden, es könnte nicht schlechtweg heissen: donec universum debitum consequatur.[6]) Es ist also klar, dass Scävola nur allein den ausdrücklichen Pfandvertrag als maassgebend ansah, dass mithin für Darlehnsforderungen kein stillschweigendes Generalpfand des Fiscus bestand. — Zu diesen Zeugnissen kommen noch andere, aus welchen sich ergiebt, dass der Fiscus in manchen Fällen kein Pfandrecht hatte, die aber die Natur dieser Fälle völlig unbestimmt lassen. Dahin gehört vor allem ein Rescript des Kaisers Antoninus Pius (138—161), dessen Ulpian in Fr. 10 pr. De pactis (II. 14.) gedenkt. Hier wird die Stellung der mit einem privilegium exigendi versehenen Gläubiger zu dem Nachlassvertrag behandelt und die Regel aufgestellt, dass auch der Fiscus in denjenigen Fällen, *in welchen ihm kein Pfandrecht zusteht*, so wie überhaupt alle privilegiarii einem solchen Verkommniss sich zu unterwerfen haben. — Hieher können auch diejenigen Stellen gerechnet werden, welche einer ausdrücklichen Pfandbestellung zu Gunsten des Fiscus gedenken, so Fr. 205 De reg. iur. (L. 17.) von Pomponius, L. un. C. rem alien. ger. (IV. 53.), ein Rescript der Kaiser Severus und Antoninus (198—211). — Endlich ist auf ein Rescript des Kaisers Alexander in L. 1 C. de iure fisci

[5]) Unten in diesem Abschnitt § 11.

[6]) Cuiacius obss. X. 22. verkennt den Sinn dieses Zusatzes völlig, wenn er die Worte: item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisivit so erklärt: antequam cum fisco contraheretur, non etiam in rebus quaesitis post priorem posterioremque obligationem, i. e. post obligationem fisci. Diese Beschränkung des Vorrechts der Seia ist völlig willkührlich und mit dem Zusatz donec etc. geradezu im Widerspruch. Wenn die vor dem Contract mit dem Fiscus erworbenen Sachen zur Befriedigung der Seia nicht hinreichen, so kann diese auch die später erworbenen angreifen, bis ihre Forderung vollständig getilgt ist. Für diesen Theil des Vermögens ist sie nicht sowohl potior als sola. Der Fiscus hat gar kein Recht. Die Basiliken L. XXV. t. 5. 19. (Heimbach t. III. p. 82.) unterstützen diese Erklärung. Vgl. Klenze, über die gesetzlichen Vorzüge fiscalischer Forderungen, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. VIII. S. 387. n. 2.

(X. 1.) aufmerksam zu machen. Der Kaiser erklärt die Schenkung eines Grundstücks, dessen Eigenthümer zur Zeit der Schenkung dem Fiscus noch nicht verschuldet war, für gesichert gegen die Rescission, denn diess Zeitverhältniss verbiete die Annahme einer betrüglichen Veräusserung. Hieraus ergiebt sich durch ein völlig sicheres argumentum a contrario, dass das erst nach der Verschuldung an den Fiscus schenkungsweise übertragene prædium keineswegs mit der hypothekarischen Klage dem Beschenkten abgefordert wird, sondern dass vielmehr die Schenkung als solche wegen Betrugs der Rescission unterliegt. Daher wurde diess Rescript mit Recht dem Titel de iure fisci und nicht dem in quibus causis pignus tacite einverleibt.[7])

4. Das Ergebniss dieser ersten Klasse von Stellen ist folgendes: der Fiscus hat zwar zuweilen ein stillschweigendes Pfandrecht, in der Mehrzahl der Fälle jedoch nicht, namentlich nicht an dem Vermögen seiner Darlehnsschuldner, auch nicht an dem seiner Beamten für die Schulden aus ihrer Verwaltung. Welches aber nun die Fälle sind, für welche das Pfandrecht anerkannt wird, darüber entscheiden die Stellen der zweiten Klasse. Wir finden nämlich eine Reihe von Fragmenten, in welchen der stillschweigende Pfandanspruch mit dem Zollpacht in eine bestimmte Verbindung gesetzt wird. Mœschis, von welcher Paulus in Fr. 47 pr. De iure fisci (XLIX. 14.) spricht, ist Schuldnerin des Fiscus *ex conductione vectigalis*, ebenso Aurelius Romulus, dessen Güter der Schatz als verhaftet occupirt hatte. Fr. 68 § 1 De fidei. et mandat. (XLVI. 1.)[1]) Auch Antoninus Caracallus stellt in L.

[7]) Dagegen ist L. 2. C. de servo pign. dato man. (VII. 8.) nicht hieher zu ziehen. Denn hier kann auch von einer Häufung des stillschweigenden und ausdrücklichen Pfandrechts die Rede sein.

[1]) Paulus libro III. decretorum. Pro Aurelio Romulo *conductore vectigalis* centum annua Petronius Thallus et alii fideiusserant; bona Romuli *fiscus ut obligata sibi occupaverat.* — — Eine andere Stelle desselben Paulus scheint das stillschweigende Pfandrecht des Fiscus auch bei der Forderung ex emto anzunehmen. Fr. 1. § 4. Fr. 2. De reb. eor. (XXVII. 9.) Si minor vigenti quinque annis emerit prædia, ut quoad pretium solveretur,

3 C. de privil. fisci (VII. 73.) das stillschweigende Generalpfand des Fiscus in einen bestimmten offenbar nicht zufälligen Zusammenhang mit der Verpachtung der öffentlichen Gefälle.[2]) Von besonderm Gewicht ist zuletzt ein Rescript der Kaiser Marcus und Verus, welches Callistratus im ersten Buch seiner cognitiones hervorhebt.

Fr. 5. §§ 10. 11. De iure immun. (L. 6.)

Conductores etiam vectigalium fisci necessitate subeundorum municipalium munerum non obstringuntur, idque ita observandum divi fratres rescripserunt. *Ex quo principali rescripto intelligi potest, non honori conductorum datum, ne compellantur ad munera municipalia, sed ne extenuentur facultates eorum, quæ subsignatæ sunt fisco.* — —

Der gleiche Grund, welchen die Kaiser hier für die Immunität der Publicanen geltend machen, hätte auch auf alle übrigen Schuldner des kaiserlichen Schatzes Anwendung erleiden müssen, wären auch sie in gleicher Weise zur Subsignation ihrer Güter verpflichtet.

Es darf übrigens nicht unbemerkt bleiben, dass hier mit dem stillschweigenden Generalpfand des Fiscus eine Subsignation in Verbindung gebracht wird, wie wir dieselbe bei den Prädiatoren gefunden haben. In beiden Fällen ist das Ver-

---

essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere; nam ubi dominium quæsitum est minori, cœpit non posse obligari. — (Paulus.) Sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quæsitum est, et ab initio obligatio inhæsit. *Quodsi a fisco emerit, nec dubitatio est, quin ius pignoris salvum sit.* Si igitur talis species in privato venditore inciderit, imperiali beneficio opus est, ut rescripto pignus confirmetur. Diese Stelle setzt jedoch keineswegs eine stillschweigende Verpfändung voraus. Vielmehr ist der ausdrückliche Pfandvertrag, wie ihn § 4 hervorhebt, auch auf den Fiscus zu beziehen. Der einzige Unterschied zwischen dem Recht des Fiscus und dem der Privatverkäufer besteht darin, dass der Pfandvertrag der letztern die kaiserliche Bestätigung verlangt, während der des Fiscus auch ohne diese giltig ist.

2) — — Habes personalem actionem nec potes præferrí fisci rationibus, *a quo dicis ei vectigal denuo locatum esse*, quum *eo pacto* universa quæ habet habuitve eo tempore, *quo ad conductionem accessit*, pignoris iure fisco teneantur.

hältniss dasselbe. Das stillschweigende Pfandrecht ist nicht sowohl die Folge als vielmehr der Grund der Subsignation.

Es ist beinahe überflüssig, nun noch darauf aufmerksam zu machen, wie genau die hier zusammengestellten Fragmente der Bestimmung der lex vicesima Augusts entsprechen. Der einzige Unterschied besteht darin, dass hier die Zollpachtungen überhaupt, nicht nur die conductio vicesimæ genannt wird, eine Erweiterung, welche seit der factischen Verschmelzung von Aerar und Fiscus nicht auffallen kann.[3])

5. Die dritte Klasse von Zeugnissen, auf welche wir oben verwiesen, nimmt für sämmtliche Contractsforderungen des Fiscus das stillschweigende Generalpfand in Anspruch. Hieher gehört eine Reihe von Constitutionen des Kaisers Antoninus Caracallus, die älteste aus der Zeit der Mitregentschaft des Severus,[1]) die zweite aus dem Jahr 213 nach Christi Geburt,[2]) die dritte ein Jahr später. Diese lautet unter allen am bestimmtesten.

L. 2 C. in quib. caus. pign. tac. (VIII. 15.)

Imp. Antoninus A. Paulo.

Certum est, eius, qui cum fisco contrahit, bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimatur.

Auf diess Rescript wird von der Mehrzahl unserer Schriftsteller die erste Einführung des fiscalischen Generalpfandes zurückgeführt.[3]) Und doch spricht der Kaiser nicht sowohl

---

[3]) Niemand hebt diese bestimmter hervor als Dio LIII. 16. 22.

[1]) L. 2. C. de servo pign. dat. man. (VII. 8.) Libertas a debitore fisci servo data, qui pignori non est ex conventione speciali sed tantum privilegio fisci obligatus, non aliter infirmatur, quam si hoc fraudis consilio effectum detegatur. Vgl. L. 1. C. ad leg. iul. de vi (IX. 12.) Dazu oben § 2. n. 13.

[2]) L. 2. C. de priv. fisci. (VII. 73.) Quamvis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit condemnatus, tametsi prius, quam res eius tibi obligarentur, cum fisco contraxit, ius fisci causam tuam prævenit. Quodsi post bonorum eius obligationem rationibus meis cæpit esse obligatus, in eius bona cessat privilegium fisci.

[3]) Glück, Erläuterung B. XIX. S. 67. Meissner, vollständige Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht B. I. S. 240. ff. S. 266. Spangenberg, Bemerkungen über das Pfandrecht des Fiscus an dem Vermögen seiner Contra-

von einem neu einzuführenden als vielmehr von einem schon anerkannten Rechtssatz. Anerkannt war er auch in der That längst, jedoch nur für eine einzelne bestimmte Klasse von Forderungen, für den Zollpacht. Was unter Caracallus neu hinzukam, das ist die Generalisirung des früherhin beschränkten privilegium, die Ausdehnung desselben auf die ganze Klasse von Contracten. Diese erscheint jetzt erst als völlig durchgeführt, wenn sie auch schon früher, wie in solchen Fällen immer geschieht, angestrebt und vorbereitet worden sein mag. — Aber selbst jetzt gieng man nicht über das Gebiet der Contracte hinaus. Man hielt in so fern an der Bestimmung der lex vicesima fest. Caracallus Constitution scheint sich auch wirklich an die Gesetzesworte anzuschliessen, darauf deutet wenigstens die Uebereinstimmung ihrer Fassung mit den Ausdrücken des Fr. de iure fisci § 5. Ob man in der spätern Zeit noch weiter gieng, und auch das Gebiet der Contracte verliess, das ist in der That zweifelhaft. Hermogenian, ein Sammler frühestens aus der zweiten Hälfte des vierten Jahrhunderts,[4]) stellt in dem sechsten Buche seiner epitomæ iuris den allgemeinen Satz auf: fiscus semper habet ius pignoris.[5]) Dagegen kommt aber in Betracht, dass Justinian sämmtliche Fragmente, aus welchen wir oben die Beschränkung des fiscalischen Generalpfandes auf das Gebiet der Contracte ableiteten, mit in seine Compilation aufnahm, und so z. B. die Pœnalklagen, die durch Cession erworbenen Forderungen und die Primipilarschuld entschieden von jener Begünstigung ausschloss. Es ist daher wahrscheinlich, dass Hermogenian mit dem Ausdruck semper nicht sowohl eine absolute, als vielmehr eine relative Allgemeinheit bezeichnete, also nur das ganze Contract-

---

henten, im civilist. Archiv B. XI. S. 451 ff. Zimmern, Geschichte des röm. Rechts B. III. S. 260 ff. Rudorff, das Edict des Tiberius Julius Alexander, im rheinischen Museum für Philologie, Jahrgang II. S. 167 ff. Sintenis, Pfandrecht S. 289. Klenze, über die gesetzlichen Vorzüge fiscalischer Forderungen, in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft B. VIII. S. 386 ff. Walter, Rechtsgeschichte 1. Ausg. S. 647.

4) Vgl. Zimmern, Geschichte des röm. Rechts I. § 204.

5) Fr. 46. § 3. De iure fisci (XLIX. 14.)

gebiet im Gegensatz zu der frühern Beschränkung auf die Pachtforderungen, keineswegs aber jede mögliche Art der Klagen umfassen wollte.

Hiermit ist die Aufzählung der wichtigsten Quellenzeugnisse geschlossen. Man sieht, die verschiedenen Klassen derselben bezeichnen verschiedene Stufen in der geschichtlichen Ausbildung des fiscalischen Pfandrechts; sie gehören nicht alle dem neuesten Rechtszustand an; eine dogmatische Vereinigung derselben ist unmöglich, und wenn auch oft versucht, doch immer ohne Resultat geblieben. Missverständnisse waren übrigens aus der Aufnahme der dem älteren Zustand angehörenden Stellen in die Compilation nicht zu befürchten. Diess gilt besonders von dem Fragment aus Scävolas Digesten (Fr. 21. pr. Qui pot.) Die Hauptfrage, welche hier behandelt wird, betrifft den Einfluss der Novation auf die Datirung des Pfandrechts. Das Beispiel, an welchem Scävola den diese Lehre beherrschenden Grundsatz anschaulich macht, war allerdings antiquirt; allein davon hing das richtige Verständniss der Regel selbst nicht im mindesten ab. Noch geringer war die Gefahr, es möchte der Umfang des fiscalischen Pfandrechts nicht sowohl aus den eigens hierfür aufgenommenen Constitutionen als vielmehr aus jenem zufälligen Beispiel abgeleitet werden.

6. Wie dem saturnischen Aerar der Fiscus, so wurde diesem die kaiserliche Privatkasse, das patrimonium principis,[1])

[1]) Substantia, ratio cæsaris im Gegensatz zu dem Fiscus findet sich z. B. in folgenden Stellen: Fr. 49. Loc. (XIX. 2.) Fr. 3. § 10. De iure fisci. (XLIX. 14.) L. 3. C. de quadr. præscr. (VII. 37.) Auch der Fiscus wird als patrimonium principis dargestellt. Seneca de beneficiis. VII. 6. Plinius panegyricus. c. 36. Diess von dem staatsrechtlichen Gesichtspunkte aus, nicht wie die substantia cæsaris von dem privatrechtlichen. In der spätern Zeit heisst auch die res privata fiscus; so besonders in den Titeln: de fundis rei privatæ et saltibus divinæ domus (XI. 65.) de fundis et saltibus rei dominicæ (XI. 66.) de agricolis et mancipiis dominicis vel fiscalibus sive rei privatæ (XI. 67.) quibus ad conductionem prædiorum fiscalium accedere non licet (XI. 72.) de collatione fundorum fiscalium vel rei privatæ vel dominicæ vel civitatis vel templorum. (XI. 73.) Ein ähnlicher Sprachgebrauch scheint schon in Fr. 5. pr. De iure fisci (XLIX. 14.) vorzukommen. Jedoch ist hier wohl viel interpolirt.

gleichgestellt. Alle Vorrechte, welche der öffentliche Schatz genoss, sollten auch dem Kaiser, ja sogar der Kaiserin, überhaupt jeder augusta,[2]) zustehen. Zu Ulpians Zeit war diese Uebertragung schon anerkannt.

Quodcumque privilegium fisco competit, hoc idem et cæsaris ratio et augustæ habere solet.[3])

Zu diesen Vorrechten gehört auch das stillschweigende Generalpfand, welches zuweilen geradezu privilegium genannt wird.[4]) Der Zeit vor Ulpian ist das kaiserliche Pfandrecht völlig unbekannt. Denn in Fr. 21. § 1. Qui potiores, aus Scävolas Digesten verkauft der procurator cæsaris die Marmorblöcke als Vermiether des Magazins kraft des dafür bestehenden stillschweigenden Pfandrechts an den invecta et illata,[5]) und nicht etwa in Folge eines kaiserlichen Vorrechts; und in dem Edict des Tiberius Julius Alexander wird sogar das privilegium exigendi auf den δημόσιος λόγος beschränkt, mithin der kaiserlichen Privatkasse (καίσαρος λόγος, κυριακὴ ψῆφος, φίσκος, βασιλικὸν ταμεῖον)[6]) abgesprochen.

7. In unserer obigen Darstellung ist von dem Generalpfande des öffentlichen Schatzes an dem gesammten Vermögen der Publicanen die Rede gewesen. Durch dieses sah sich der Staat für denjenigen Theil seiner Einkünfte, welcher von den Censoren oder den kaiserlichen Procuratoren verpachtet wurde, sicher gestellt. Daneben aber gab es noch andere, welche ohne die Vermittlung der Staatspachtungen durch die öffentlichen Steuerbeamten zu Handen des Fiscus bezogen

---

[2]) Es gab zuweilen mehrere augustæ zu gleicher Zeit, nämlich ausser der Kaiserin auch die Schwestern oder die Mutter des Kaisers.

[3]) Fr. 6. § 1. De iure fisci (XLIX. 14.)

[4]) Fr. 37. De reb. auct. iud. (XLII. 5.) L. 2. C. de servo pign. dato (VII. 8.) L. 2. C. de priv. fisci (VII. 73.)

[5]) Das früheste Beispiel eines solchen Verkaufs stillschweigender Pfänder findet sich bei Plinius ep. III. 19. Vgl. ebendaselbst IX. 37.

[6]) Ausserdem gibt es in Aegypten noch eine dritte Classe, den ἴδιος λόγος. In diesen fallen allein die bona caduca und damnatorum. Vgl. Rudorff a. a. O. S. 141 ff. Auch auf diesen ἴδιος λόγος wird das privilegium des Schatzes nicht bezogen.

wurden. Schon in der Zeit der Republik findet sich dieses doppelte System. Ciceros zweite verrinische Rede [1]) schildert die Verschiedenheit in der Steuerverfassung der einzelnen Theile des Reichs. Mit Ausnahme Siciliens, das sich durch besondere Begünstigungen auszeichnete, werden die übrigen Provinzen in zwei Klassen eingetheilt. Die erste entrichtet eine zu bestimmtem Geldwerth angeschlagene Grundsteuer (vectigal stipendiarium). So Spanien und Africa. In der zweiten ist die censorische Location angenommen, so für die beiden Asien nach dem sempronischen Gesetze. Schon seit Cæsar,[2]) besonders aber unter Augustus zeigt sich das Bestreben, das System der fixirten Grundsteuer mehr und mehr auszubreiten.[3]) Unter Trajan war es bereits in der Provinz Asien,[4]) in dem Zeitalter der classischen Juristen auch in den übrigen, mit Ausnahme Aegyptens,[5]) eingeführt. Alle Theile des weiten Reiches, mit Ausnahme des herrschenden Landes Italien, entrichteten nunmehr das vectigal stipendiarium, welches zunächst in den Provinzen des Kaisers, späterhin ganz allgemein die Bezeichnung tributum erhielt.[6]) Mit den beweglichen unsichern Naturalabgaben verschwanden auch die Publicanen. Die Grundsteuer wurde ohne ihre Vermittlung durch ein besonders angestelltes Beamtenpersonal eingezogen.[7]) Eben dieses

---

[1]) II. 3. 6.

[2]) Dio XLII. 6. am Ende.

[3]) Die Belege hiefür bei v. Savigny, über die römische Steuerverfassung, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. B. VI. S. 350.

[4]) Hyginus de limitibus constituendis. p. 198. ed. Gœsii.

[5]) Aegypten entrichtete immerfort Naturralleistung, welche zur Verproviantirung der Hauptstadt nöthig war. Diess ergibt sich nicht nur aus Orosius, welchen Dureau de la Malle dafür anführt (vgl. v. Savigny, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, B. XI. S. 33.), sondern auch aus folgenden Stellen, die unbegreiflicher Weise ganz übersehen worden sind: Flavius Vopiscus Syracusius im Leben des Kaisers Probus. In Nilo autem tam multa fecit, ut vectigal frumentarium solus adiuverit. Derselbe im Leben des Firmus. Canon Aegypti, qui suspensus per latronem improbum fuerat, integer veniret, si vobis esset cum senatu concordia &c. Aus einem Edict, welches Kaiser Aurelian nach der Besiegung seines Gegners Firmus und der Zenobia bekannt machen liess.

[6]) Gaius II. § 21. Vgl. Fr. 27. § 1. De V. S. (L. 16.) Theophilus ad § 40. I. de divis. rer. (II. 1.)

[7]) Aus dem edictum Tiberii Iulii Alexandri ersehen wir, dass in Aegypten

besorgte auch die Exaction der Kopfsteuer, welche auf der grundbesitzlosen Bevölkerung lastete und als eine Ergänzung des Grundsteuersystemes anzusehen ist. So wurden die Staatspachtungen zuletzt besonders auf Zölle, Bergwerke und öffentliche Ländereien beschränkt.[8])

Nach der Vollendung dieser Umgestaltung finden wir auch für das tributum dem Fiscus ein stillschweigendes Generalpfand eingeräumt, und zwar ein vor allen andern privilegirtes. Hierüber lassen folgende zwei Rescripte des Kaisers Caracallus keinen Zweifel:

L. 1. C. in quib. caus. pign. (VIII. 15.)

Universa bona eorum, qui censentur, vice pignorum tributis obligata sunt. (214.)

L. 1. C. si propter public. pens. (IV. 46.)

Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditori eius iura hypothecæ sive pignoris prætendente. *Potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt.*

Neben dem Generalpfand wird von einzelnen Schriftstellern auch noch eine Specialhypothek an den belasteten Grundstücken angenommen.[9]) Man sieht nicht recht ein, welches Interesse diese Häufung für den Fiscus haben soll, noch weniger, wie sie sich aus den dafür angeführten Fragmenten rechtfertigen lässt. Es hat allerdings seine Richtigkeit, dass Papinian in Fr. 5. § 2. De censib. (L. 15.) von einem Pfandrecht an dem belasteten Grundstück spricht, und zwar von einem solchen, das sämmtliche Steuerrückstände umfasst. Aber, fragen wir dagegen, warum soll diess Pfandrecht nicht jenes generelle, sondern ein noch daneben bestehendes specielles sein? Folgert man diess etwa aus dem weiten Umfang desselben? Allein den

---

auch der Getreidezehnte durch ein von dem Provincialmagistrat abhängiges Steuerpersonal bezogen wurde.

8) Fr. 16. Fr. 17. § 1. De V. S. (L. 16.) Vgl. Fr. 59. § 1. De hered. instit. (XXVIII. 5.)

9) So von Kienze a. a. O. S. 384.

gleichen Umfang hat auch das Generalpfand; denn dieses reicht so weit als die Steuerpflicht, die Steuerpflicht aber erstreckt sich für jeden Besitzer auf die ganze Summe der Rückstände.[10])

8. Das Generalpfandrecht des Fiscus wird in den beiden oben angeführten Rescripten des Kaisers Caracallus auf das tributum, das heisst, auf die beiden wichtigsten Staatsabgaben: die Grund- und die Kopfsteuer beschränkt. Daneben wurden aber von den Provincialen noch manche Naturralleistungen verlangt. So hatte Spanien Pferde und Kleider zu liefern. Auch auf diese erstreckt sich das Generalpfandrecht des Fiscus. Wenigstens findet sich auch bei ihnen die pignoris captio,[1]) welche

[10]) Das wird durch folgendes Rescript des Kaisers Antoninus Pius in Fr. 7. pr. De public. (XXXIX. 4.) so ausgedrückt: *vectigalibus ipsa prædia non personas conveniri* et ideo possessores etiam præteriti temporis vectigal solvere debere, eoque exemplo actionem, si ignoraverint, habituros. D. h. die Verpflichtung des jedesmaligen Eigenthümers geht auf die ganze Summe der Steuerrückstände. Mehr sagt das Rescript durchaus nicht, von einem Pfandrecht ist darin gar keine Rede. Die Interpreten haben es durchgängig falsch verstanden. Schon Dabelow (Concurs der Gläubiger S. 203.) bezog es auf dieses stillschweigende Pfandrecht des Fiscus. Ebenso Cuiacius ad librum XIX responsorum Papiniani (opp. t. IV. p. 1420.) Zuletzt Klenze a. a. O. S. 384. Meissner (vom stillschweigenden Pfandrecht B. I. S. 241.) gibt dem Fiscus sogar das Eigenthum. Zimmern (geschichtliche Uebersicht der Pfandprivilegien, in seinen und Neustettels Abhandlungen S. 293.) spricht von dem Pfandrecht der Publicanen. — Ueberdiess tit. Th. C. XI. 3. I. C. IV. 47: sine censu vel reliquis fundum comparari non posse. — Der frühere Eigenthümer wird durch die Verpflichtung des nachfolgenden nicht befreit. Das ergibt sich schon aus Fr. 5. § 2. De censib. (L. 15.), noch mehr aus Fr. 5. § 1. D. eod., verbunden mit Fr. 39. De condict. indeb. (XII. 6.) Man könnte zwar gegen die Fortdauer der persönlichen Verpflichtung des frühern Eigenthümers den Umstand anführen, dass viele durch Derelictiou ihrer Grundstücke der Steuerlast zu entgehen suchten. Edictum Tiberii Iulii Alexandri Z. 37. 38. L. 6. § 5. Th. C. de patr. vic. (XI. 24.) L. 2. I. C. si propter publ. pens. (IV. 46.) Allein diese Derelictiou äusserte ihre Wirkung nur gegen künftige Steuern, nicht gegen schon geschuldete.

[1]) L. 1. 2. Th. C. de distrahendis pignoribus quæ tributorum causa tenentur. (XI. 9.) Beide Constitutionen beziehen sich ursprünglich auf Spanien. Die zweite findet sich mit einigen Abänderungen in L. 3. I. C. Si propter publicas pensitationes venditio fuerit celebrata. (IV. 46.) Ein allgemeines Pfandrecht für alle Abgaben und Leistungen jeder Art lässt sich auch aus folgenden Constitutionen ableiten: L. 1. Th. C. de off. iud. omn. (I. 10.

in dieser spätern Zeit immer von der Occupation verpfändeter Sachen zu verstehen ist, mithin hier eine stillschweigende General-Hypothek voraussetzt. Das Recht eigenmächtiger Besitzergreifung der verpfändeten Sachen stand dem Gläubiger von Alters her zu, wurde jedoch für ihn an die Einwilligung des Magistrats geknüpft.[2]) Der Fiscus machte von dieser Befugniss auch seinerseits Gebrauch und zwar ohne jene vorgängige Autorisation, wie sie von blossen Privatgläubigern verlangt wurde, einzuholen. Er beobachtete dabei ein doppeltes Verfahren, bald wurde das ganze Vermögen des Schuldners, bald nur ein einzelner Theil desselben mit Beschlag belegt. In dem ersten Fall sprechen die Rechtsquellen von einer occupatio bonorum,[3]) in dem zweiten von der pignoris captio.[4]) Ihr sind jedoch die servi aratores und boves aratorii ausdrücklich entzogen.[5]) — Die weggenommenen Pfandstücke konnten ohne weitern Verzug zum Verkauf gebracht werden. Erst Constantin führte mildere Bestimmungen ein. Zwei Monate sollte mit der Versteigerung gewartet werden.[6]) Weiter gieng sein Sohn. Dieser verlangte überdiess noch gerichtliche Zahlungsaufforderung.[7]) Beide Constitutionen bezogen sich ursprünglich ausschliesslich auf Spanien, die erste überdiess einzig und allein auf die Lieferung von Pferden und Kleidern, die zweite dagegen auf alle Tribute ohne Ausnahme. Die Einreihung der letztern in den iustinianischen Codex[8]) lässt indess an der allgemeinen Geltung derselben keinen Zweifel.

L. 16. Th. C. de exaction. (XI. 7.) L. 1. Th. C. de fide et iure hastæ. (X. 17.) L. 1. I. C. ad leg. iul. de vi (IX. 12.) Dazu oben § 2. n. 13.

2) Die Beweise oben I. 7. n. 4. 11.

3) Fr. 68. § 1. De fideiuss. et mandat. (XLVI. 1.): bona Romuli fiscus ut obligata sibi occupaverat.

4) L. 7. Th. C. de exact. (XI. 7.) Oben § 2. n. 13.

5) L. 1. Th. C. de pign. (II. 30.) L. 7. I. C. quæ res pign. (VIII. 17.) In beiden Stellen ist statt creditor mit I. Gothofredus *curator* zu lesen. Vgl. Quinctilianus inst. orat. VII. c. 8. Cuiacius obss. IV. 20.

6) L. 1. Th. C. de distrahendis pignoribus quæ tributorum causa tenentur. (XI. 9.) Constantinus a. 323.

7) L. 2. Th. C. eod. Constantinus a. 337.

8) L. 3. I. C. Si propter public. pensit. (IV. 46.)

9. Die Geschichte der stillschweigenden Verhaftung des gesammten Vermögens eines Staatsschuldners lässt sich in folgende Hauptmomente zusammenfassen. Ihr Ursprung fällt in die Zeit der Republik. Der manceps und der præs haften dem Volke mit Person und Vermögen, später mit dem Vermögen allein. Die Nichterfüllung der übernommenen Verbindlichkeit berechtigt zu dem Verkauf desselben. Die gleiche Berechtigung wurde unter Augustus Alleinherrschaft durch die lex vicesima der kaiserlichen Kriegskasse an dem Vermögen der Steuerpächter eingeräumt, später zur Sicherung sämmtlicher mit dem öffentlichen Schatze oder mit dem Privatvermögen des Kaisers und der Kaiserin abgeschlossenen Verträge anerkannt, endlich aber auch gegen alle Steuerpflichtige ohne Ausnahme zugelassen.

10. Die Verhaftung des ganzen Vermögens zu Gunsten des Fiscus wird mit dem in dem prädiatorischen Recht hergebrachten Ausdruck *obligatio bonorum* bezeichnet. Der Ausdruck pignus gehört einem ganz andern Gebiete, dem des privatrechtlichen Pfandes. Beide Rechtsinstitute obligatio und pignus zeigen anfänglich eine völlig selbstständige Entwicklung, vereinigen sich jedoch seit der Ausbildung des vertragsmässigen Pfandverkaufs. Durch diesen verlor die obligatio ihre bisherige Auszeichnung; sie stand nun dem pignus völlig gleich. Jetzt wurde das ganze Rechtssystem des Privatpfandes auf die obligatio übertragen. Besondere Hervorhebung verdient das in Fr. 68 § 1 De fidei. et. mandat. (XLVI. 1.) enthaltene Beispiel. Die Vertheilung des Erlöses aus dem Verkauf der res fisco obligatæ soll nach Analogie der für die pignora geltenden Regel behandelt werden.

Pro Aurelio Romulo conductore vectigalis centum annua Petronius Thallus et alii fideiusserant; bona Romuli fiscus ut obligata sibi occupaverat, et conveniebat fideiussores tam in sortem quam in usuras; qui deprecabantur. Lecta subscriptione fideiusssionis, quoniam in sola centum annua se obligaverant, non in omnem conductionem, decrevit, fideiussores in usuras

non teneri, sed quicquid ex bonis fuisset redactum, prius in usuras cedere, reliquum in sortem et ita in id quod defuisset fideiussores conveniendos, *exemplo pignorum a creditore distractorum.*

Auf ähnliche Weise verbindet Gaius in Fr. 15 De dote præleg. (XXXIII. 4) die res pignoratæ und in publicum obligatæ, und eben darauf bezieht sich der Beisatz: velut pignoris iure, welchen wir in § 5 Fr. de iure fisci und in L. 2 C. in quib. caus. pign. tac. (VIII. 15.) neben der Bezeichnung obligatio finden. Durch diese Verbindung wird offenbar angedeutet, dass obligatio und pignus von Hause aus geschieden sind, dass aber eine Gleichstellung derselben stattgefunden hat, und dass nunmehr das fiscalische Generalpfand nach den für das privatrechtliche pignus geltenden Regeln behandelt wird. Ohne Zweifel fand jetzt auch die pignoraticia in rem actio auf die res fisco obligatæ Anwendung. Dafür spricht wenigstens die Aufnahme der hauptsächlichsten das fiscalische Pfand betreffenden Constitutionen in den Titel in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahatur. Dass uns ausdrückliche Zeugnisse fehlen, kann nicht auffallen, da die Pfandklage gegenüber dem unbedingten Occupationsrecht des Fiscus alle Bedeutung verlieren musste.

11. Die Verschmelzung des conventionellen Pfandes und der gesetzlichen Generalhypothek that dem eigenthümlichen Charakter der beiden Institute keinen Eintrag. Auch jetzt noch tritt derselbe in der Entscheidung einzelner Fragen hervor, so in dem berühmten Fr. 28 De iure fisci, dessen Interpretation den Schluss unserer Darstellung des fiscalischen Pfandrechts bilden soll. Es lautet so:

Ulpianus libro III disputationum.

Si is, qui mihi obligaverat, quæ haberet habiturusque esset, cum fisco contraxerit, sciendum est, in re postea acquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse. Quod et constitutum est, prævenit enim causam pignoris fiscus.

Die factischen Voraussetzungen des Falles, welchen Papinian zu entscheiden hatte, sind folgende. Der Gemeinschuldner A verpfändet seinem Gläubiger B sein ganzes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen. Später schliesst er mit dem Fiscus einen Pachtcontract ab, und wird nun auch diesem mit seinem gesammten Vermögen verhaftet. Jetzt erst erwirbt er den fundus seianus. Welcher Gläubiger geht nun dem andern an diesem Grundstück vor? Das responsum Papinians ist seinem Inhalt nach völlig klar. Der Fiscus nimmt die erste Stelle ein, die zweite der Privatgläubiger B. Allein bestritten ist der Sinn des Entscheidungsgrundes:

prævenit enim causam pignoris fiscus.

Die Bedeutung dieser Worte ergiebt sich aus folgender Betrachtung: Das gesetzliche Pfandrecht des Fiscus beginnt mit dem Erwerb des fundus seianus. Eigenthum und Obligation kommen in demselben Augenblick zu Stande. Es besteht das Verhältniss der Gleichzeitigkeit, nicht das der Succession zwischen diesen beiden Rechten. Das Grundstück tritt bereits verpfändet in das Vermögen des Gemeinschuldners ein. Ganz anders wird das conventionelle Generalpfand aufgefasst. Die richtige Beurtheilung desselben soll durch folgende Bemerkung vorbereitet werden. Die Verpfändung eines ganzen Vermögens lässt sich auf verschiedene Weise bewerkstelligen. Am sichersten ist die spezielle Obligation aller einzelnen dem Schuldner zugehörenden Sachen. Sie wird jedoch durch ihre Weitläufigkeit unbequem, ja öfters unmöglich. So führte das Bedürfniss selbst zu einem kürzern Verfahren. Man begnügte sich mit der Aufzählung der werthvollsten, unvergänglichsten Theile des Vermögens, und beschloss dieselbe mit einer die Gesammtheit der übrigen umfassenden Collectiv-Bezeichnung. Eine solche Zusammenfassung ersetzte eine grosse Anzahl specieller Verpfändungen. Die einzelnen von ihr ergriffenen Gegenstände galten für ebenso wirksam verpfändet als wären auch sie speziell hervorgehoben. Ja diese Bestimmung wurde

meistens ausdrücklich in den Pfandvertrag mit aufgenommen.[1]) Jene Collectiv-Verpfändung[2]) bezog sich zunächst auf die vorhandenen Vermögensstücke. Aber schon zur Zeit der klassischen Juristen war sie ebenso für die erst künftig zu erwerbenden Sachen zugelassen.[3]) Auch in dieser Anwendung vertrat sie nun die Stelle einer grössern Anzahl spezieller Obligationen. Alle erst später erworbenen Gegenstände waren nicht weniger kräftig verpfändet als hätte der Schuldner jeden derselben dem Gläubiger speziell obligirt. In dieser Zurückführung der Collectiv-Verpfändung auf die spezielle Obligation ist der Grundsatz für die rechtliche Beurtheilung derselben enthalten. Er lautet so: der generellen Obligation kann in Bezug auf den einzelnen von ihr ergriffenen Gegenstand keine andere Wirkung zukommen, als die durch sie ersetzte spezielle Verpfändung haben würde. Für den Beginn des Pfandrechts an einer später erworbenen generell verpfändeten Sache ergiebt sich hieraus folgender Satz: Der Anfang der Obligation fällt nicht mit dem Erwerb des Eigenthums als gleichzeitiges Ereigniss zusammen, er folgt ihm vielmehr nach; denn die besondere Verpfändung könnte auch erst nach vollendetem Eigenthumserwerb vorgenommen werden. Das Eigenthum tritt also unbelastet in das Vermögen des Verpfänders ein. Der Verpfänder hat das dominium früher als der Gläubiger das Pfandrecht.[4])

[1]) Fr. 15. § 1. De P. et H. (XX. 1.) Gaius libro singulari ad formulam hypothecariam. Quod dicitur: creditorem probare debere, quum conveniebat rem in bonis debitoris fuisse; ad eam conventionem pertinet, quæ specialiter facta est, non ad illam, quæ quotidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecæ nomine datis, cetera etiam bona teneantur debitoris, quæ nunc habet et quæ postea acquisierit, perinde atque si specialiter hæ res fuissent obligatæ.

[2]) Diess ist die passendste Umschreibung des römischen Ausdrucks *generaliter* obligare. Vgl. Puchta, Cursus der Institutionen. Bd. II. S. 715. k. In demselben Sinne wie beim Pfandrecht findet sich der Gegensatz von generalis und specialis bei den Legaten Fr. 1. § 14. De dote præleg. (XXXIII. 4.) Fr. 10. 15. De aur. arg. (XXXIV. 2.) In Fr. 72. De evict. (XXI. 2.) wird specialiter und nominatim verbunden.

[3]) Fr. 1. pr. Fr. 15. § 1. Fr. 29. pr. De P. et H. Vgl. Fr. 6—9. pr. D. eod. L. 3. C. de servo pign. dat. (VII. 8.)

[4]) Man wende nicht ein, das Princip der Civilcomputation, wonach alles,

Wenden wir die gewonnenen Sätze auf den fundus seianus an, so ergiebt sich für den Fiscus der Vorzug der Zeit vor dem Privatgläubiger B. *Das Pfandrecht des öffentlichen Schatzes ist mit dem Erwerb des Eigenthums gleichzeitig;*[5]) *das des B später.* So kann Papinian mit Recht sagen: prævenit causam pignoris fiscus. Der Ausdruck prævenire deutet stets auf den Vorzug der Zeit.[6]) Dieser steht dem Fiscus zur Seite. Seinem Rechte gegenüber wird das conventionelle Privatpfand schlechtweg als pignus bezeichnet. Hierin wiederholt sich die schon öfters hervorgehobene Beschränkung jenes Ausdrucks auf das Gebiet des privatrechtlichen Pfandes. Nach der gegebenen Erklärung ist von einem *privilegium* des Fiscus in re postea quæsita keine Rede. Vielmehr entscheidet die gewöhnliche Regel der Priorität, welcher sich der Fiscus auch in allen übrigen Fällen der Concurrenz mit dritten Gläubigern zu unterwerfen hat.[7]) Wie konnte Papinian an die Einführung eines privilegium denken! Ein respondirender Jurist hatte nur die ratio iuris auf die vorliegende Frage anzuwenden. Diess und nichts Anderes geschah in unserm Falle.

---

was an demselben Tage geschieht, als gleichzeitig angesehen wird, verwerfe den aufgestellten Zeitunterschied. Aehnliche Berücksichtigung der geringsten Differenzen findet sich nicht selten. Vgl. Fr. 68. § 1. Fr. 69. Fr. 91. § 1. De leg. I. (XXX. 1.)

5) Obligatio ab initio inhæsit. Dieser Ausdruck, womit Paulus in Fr. 2. De reb. eor. (XXVII. 9.) einen ähnlichen Gegensatz zwischen gleichzeitiger und successiver Entstehung von Eigenthum und Pfandrecht bezeichnet, ist auch auf unsern Fall anwendbar.

6) So wird er in L. 2. C. de priv. fisci (VII. 73.) gebraucht. Ius fisci causam tuam prævenit. Die Aehnlichkeit dieser Worte mit denen des Fr. 28. c. hat zu der Annahme verleitet, als sei die L. 2. die von Ulpian angerufene Constitution. Allein dem widerspricht sowohl der Inhalt des Gesetzes, welches sich gar nicht auf künftigen Erwerb bezieht, als auch das Verhältniss der Zeit. Papinians Tod fällt in das Jahr 212, also früher als L. 2. c. Vgl. Glück S. 261.

7) Fr. 8. Qui pot. L. 2. C. de priv. fisci (VII. 73.) L. un. C. rem alien. (IV. 53.) Die erste Stelle wird von einigen Schriftstellern auf Fälle bezogen, welche mit dem völlig klaren Wortlaut unvereinbar sind. Zimmern a. a. O. S. 297. Hepp, dissertatio ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat. p. 168—187. und Beiträge zur Lehre von der Datirung des Pfandrechts im Archiv für civilistische Praxis. Bd. X. S. 300—309.

Kaum ist je ein Fragment der Digesten in so verschiedener Weise aufgefasst worden als das eben erörterte. Eine grosse Zahl älterer und heutiger Rechtslehrer wusste sich nur durch die Annahme eines privilegium, einer besondern ausnahmsweisen Begünstigung des Fiscus, zu helfen.[8]) Andere suchten die Entscheidung Papinians mit den allgemeinen Grundsätzen über die Priorität in Einklang zu bringen, bald durch Emendationen,[9]) bald mit Hilfe willkührlicher factischer Voraussetzungen,[10]) bald auch durch die Aufstellung von Rechtsregeln, die unsern Quellen völlig fremd sind.[11]) Keiner dieser verschiedenen Kategorien lässt sich die von Klenze vertheidigte,[12]) von v. Savigny gebilligte Meinung einreihen.[13]) Sie

---

8) Siehe die ältern bei Glück, Erläuterung. B. XIX. S. 250. n. 54. 55. Glück selbst bekennt sich zu dieser Ansicht. S. 267. Ebenso v. Vangerow, Leitfaden § 386. Anm. 1. und die von ihm in grosser Vollständigkeit angeführten Neuern. — Hepp a. a. O. S. 185. unterscheidet zwischen privilegium temporis und privilegium causæ; dem Fiscus sei nicht das erste, wohl aber das zweite zuzuschreiben.

9) So will Fornerius, Selection. lib. II. c. 24. (Otto thes. iur. rom. T. II. p. 74. das *cum* (fisco contraxerit) geminiren.

10) Dahin gehört 1) die von Accursius, glossa ad Fr. 28. c. aufgestellte, von Donellus (de pign. et hyp. c. XIV.) und von Noodt (ad t. 1. D. XX.) vertheidigte Behauptung, das: cum fisco contraxerit müsse so verstanden werden, als hiesse es: cum fisco *iam ante* contraxerit. Vgl. Glück B. XIX. S. 265. ff. — 2) Die Erklärung Hennemanns (Ueber die bevorzugte Hypothek des Fiscus in den nach dem Contract erworbenen Gütern des Schuldners nach Fr. 28. De iure fisci. 1800.) Nach dieser verpfändet der Gemeinschuldner sein ganzes Vermögen an den B und pachtet alsdann eine Sache von dem Fiscus, die er später selbst erwirbt. Darüber Glück. S. 263. ff. — Zimmern, über Pfandprivilegien. S. 295. n. 32. — Klenze a. a. O. S. 293. v. Vangerow, Leitfaden § 386. Anm. 1. b. — 3) Die Erklärung Unterholzners. (Abhandlungen. Nro. 2.) Diese setzt den Fall voraus, da Jemand zuerst ein Generalpfand an seinem Vermögen bestellt, und alsdann eine Sache daraus dem Fiscus verkauft.

11) Dahin gehört die Annahme, wonach sich das fiscalische Pfandrecht von dem conventionellen dadurch unterscheidet, dass jenes auch für erst später zu erwerbende Sachen schon in dem Augenblick, da die Schuld entsteht, seinen Anfang nehme. Connanus, commentarii iur. civ. lib. IV. c. 17. Faber, coniectur. iur. civ. lib. II. c. 10. — Vgl. Zimmern, Pfandprivilegien. S. 295—300.

12) Klenze. Ueber die gesetzlichen Vorzüge u. s. w., in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. B. VIII. S. 390. 397.

13) Klenze a. a. O. S. 397. n. 2.

geht von dem Grundsatze aus, dass bei sonst gleicher Concurrenz zweier Pfandrechte die im Concurs bevorzugte Forderung vorgehen müsse. Hienach hat der Fiscus seine Pfandpriorität dem privilegium exigendi zu verdanken, eine Aushilfe, welche schwerlich noch Beifall finden wird.

XI.

Die obligatio bonorum auf dem Gebiete der Privatforderungen.

---

1. In der fiscalischen obligatio bonorum haben wir ein Pfandrecht gefunden, welches nicht auf einem Vertrage, sondern auf gesetzlicher Bestimmung beruht und zu dem Verkauf eines fremden Vermögens ohne Rücksicht auf den Willen des Eigenthümers berechtigt. Diese Auszeichnung blieb lange Zeit auf den öffentlichen Schatz beschränkt. Erst späterhin finden wir sie auch auf dem Gebiete des Privatrechts. Die Gesetzgebung der Kaiser übertrug sie auf gewisse Privatforderungen, welche in dieser Weise zu dem Range öffentlicher Schulden erhoben wurden. Der erste Schritt geschah zu Gunsten der Unmündigen und Minderjährigen. Die verschiedenen Schutzmittel, welche das frühere Recht aufgestellt hatte, wurden nicht für genügend erachtet. Zu der Pflicht der Satisdation,[1]) zu dem privilegium exigendi im Concurs,[2]) zu der Garantie des erwählenden Magistrats[3]) und zu den verschiedenen Rechsmitteln, mit welchen alle Geschäfte in fraudem tutelæ rescindirt

---

[1]) Pr. I. de satisdat. (IV. 11.)

[2]) Fr. 25. De tutelæ. (XXVII. 3.) Fr. 19. § 1. bis Fr. 24. pr. De reb. auct. iud. (XLVII. 5.) Fr. 15. § 1. De cur. fur. (XXVII. 10.) Fr. 52. § 1. De pecul. (XV. 1.) Vgl. Fr. 1. § 14. De magistr. conven. (XXVII. 8.)

[3]) Fr. 1. De magistr. conven. et cor. hæred. (XXVII. 8.)

werden können,[4]) kam gegen das Ende des zweiten Jahrhunderts unserer Zeitrechnung die Verhaftung des ganzen Vermögens der Tutoren und Curatoren.[5]) Die erste völlig sichere Spur derselben findet sich in einem Rescripte der Kaiser Severus und Caracallus.[6])

---

[4]) Actio pauliana und und interdictum fraudatorium Fr. 8. De tutelis (XXVI. 1.) L. 1. Th. C. de integri restit. (II. 16.) L. 2. I. C. si adv. vend. (II. 28.)

[5]) Es wird darüber gestritten, ob auch das Vermögen der Mutter und Grossmutter für ihre Vormundschaft stillschweigend verpfändet ist. Für die Zeit Justinians wird die Frage durch Nov. 118. c. 5. bejahend entschieden. Dazu kommen die ganz allgemeinen Ausdrücke der L. 7. § 5. C. de curat. fur. (V. 70.) L. un. § 1. C. de rei uxor. act. (V. 13.) Vgl. L. 5. C. de legit. tut. (V. 30.) Die Nothwendigkeit der ausdrücklichen Verpfändung hat man dagegen aus folgenden Stellen abgeleitet. Nov. 22. c. 40. Nov. 94. c. 1. L. 3. C. quando mulier. (V. 35.) Ohne Grund. Nov. 22. sagt nicht, dass die gesetzliche Hypothek erst mit Eingehung der zweiten Ehe beginne, sondern nur dass sie jetzt erst zur Ausübung komme, wenn die Rückstände nicht bezahlt würden. Die Worte der Nov. 94,: suamque substantiam subponat, und die Bestimmung der L. 3. C. c. deuten allerdings auf die Nothwendigkeit einer ausdrücklichen Verpfändung, nicht nur bei natürlichen, sondern auch bei ehelichen Kindern. Doch ist damit nur die Beobachtung einer Form vorgeschrieben, welche die Weiber auf die ihnen drohende Gefahr aufmerksam machen soll. Nicht die Verhaftung der Güter, sondern die Zulassung zu der Vormundschaft wird davon abhängig gemacht. Für die hier vertheidigte Ansicht haben sich Glück B. XIX. S. 154. 155. Meissner, stillschweigendes Pfandrecht. § 117. Puchta, Pandecten. § 200. m., gegen dieselbe besonders v. Vangerow, Leitfaden. § 375. und Rudorff, Vormundschaft. B. I. S. 262. erklärt.

[6]) L. un. C. rem alienam gerentibus non interdici rerum suarum alienatione. (IV. 53.) Non est interdictum tutoribus vel curatoribus, etsi ex eo titulo iudicati debitores sunt constituti, cum sua causa res suas alienare. Potuit ergo curator tuus fundum suum cum suo onere obligare fisco nostro; nam et privato potuisset. Hier wird die Frage entschieden, in wie weit die obligatio bonorum die Disposition über das Eigenthum beschränke, namentlich, in wie weit sie Veräusserung und Verpfändung unmöglich mache. Der gleiche Punkt ist noch öfters berührt. Fr. 205. De reg. iur. (L. 17.) Fr. 15. § 2. De P. et H. L. 12. C. de distract. pignor. L. 14. 15. C. de P. et H. L. 10. C. de remiss. pign. Die Beweiskraft der L. un. c. wird schon von I. Gothofredus ad L. 1. Th. C. de adm. et peric. tut. (III. 19.) und von Glück B. XIX. S. 141. ff. hervorgehoben, dennoch aber von Manchen bezweifelt, von andern ganz übersehen. v. Vangerow, Leitfaden. B. I. § 374. n. 2. Rudorff (das Recht der Vormundschaft § 177.) bezieht unser Rescript auf die Rescission einer alienatio in fraudem tutelæ. Wie sich diese Behauptung mit den Ausdrücken: cum sua causa, cum suo onere, vereinigt, ist nicht einzusehen.

Später wird sie von Diocletian und Maximian vorausgesetzt,[7]) von Constantin als geltendes Recht anerkannt,[8]) von den Kaisern Valentinian, Theodosius und Arcadius im Jahre 390 auf das Vermögen des Stiefvaters,[9]) endlich von Justinian auf den curator eines Wahnsinnigen[10]) ausgedehnt. Ueber die erste Einführung fehlt uns jede genauere Angabe. Nur so viel ist sicher, dass sie nicht vor die Zeit Scävolas fällt. Sonst liesse sich die ausdrückliche Verpfändung, welche dieser Jurist in Fr. 21 pr. Qui potiores erwähnt, nicht rechtfertigen.[11]) Neben dem Generalpfande an dem gesammten Vermögen des Vormundes für die Verbindlichkeiten desselben aus der Vormundschaft ist den Pupillen und Minderjährigen überdiess eine spezielle Obligation an den mit ihrem Gelde[12]) nicht für sie erkauften Sachen auf Erstattung des Kaufpreises durch ein Ge-

---

7) L. 17. C. de adm. tutor. (V. 37.) Man hat sich hiegegen auf L. 10. C. arbitr. tutelæ, ein Rescript derselben Kaiser, berufen. (Rudorff a. a. O.) Allein diese Stelle verwirft bloss die vindicatio dominii nicht die vindicatio pignoris.

8) L. 1. Th. C. de adm. et per. tutor. (III. 19.) wiederholt mit einem wahrscheinlich von Tribonian herrührenden Zusatz in L. 20. I. C. eod. Pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona, si debitores existant, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare minime prohibentur. Idem est, etsi tutor vel curator quis constitutus, res minorum non administraverit. Dem Zeitalter Constantins gehört auch Fr. 25. De tutelæ (XXVII. 3.) Die Schlussworte derselben: si eo nomine *cautum* non sit, beziehen sich nicht auf eine Pfandbestellung, sondern auf die Bürgschaft. Dieser gegenüber ist das privilegium exigendi ganz subsidiär.

9) L. 2. C. quando mulier tutelæ. (V. 35.) L. 6. C. in quib. caus. pign. vom Jahr 439.

10) L. 7. §§ 5. 6. C. de cur. fur. (V. 70.) .. sub hypotheca rerum ad eum pertinentium *ad similitudinem tutorum et curatorum adulti*. Andere Bevormundete ausser dem curator furiosi sind nicht in ähnlicher Art begünstigt, mithin auf das persönliche privilegium exigendi beschränkt. Die Litteratur über diesen Punkt findet sich bei v. Vangerow, Leitfaden. § 375. Anm. 2.

11) Eine andere Stelle desselben Scævola (Fr. 47. § 1. De minor. IV. 4.), auf welche sich Rudorff a. a. O. beruft, hat keine Beweiskraft. Denn hier werden die minores gegen die Alienation der *ihnen* (nicht dem Tutor) zugehörenden pars dominii restituirt; ein Fall, für welchen nach der oratio Severi eine besondere integri restitutio nicht mehr erfordert wurde.

12) Zu diesen gehört das von den Pupillen empfangene Darlehen nicht. L. 17. C. de P. et H.

setz der Kaiser Severus und Caracallus eingeräumt.[13]) Diess Pfandrecht scheint namentlich auf solche Erwerber berechnet, die nicht schon kraft ihrer Vormundschaft der General-Obligation unterlagen. Indess war es auch für diese nicht ohne alle Bedeutung. Es enthielt die Unmöglichkeit der Freilassung, welche sich mit der General-Obligation gar wohl vertrug.[14])

In der Beschränkung auf einzelne Sachen liegt eine Entfernung von der Rechtsidee, aus welcher sich das gesetzliche Pfand ursprünglich entwickelt hatte. Die Obligation der Güter war eine Folge der Verhaftung der Person, musste daher nothwendig alles Vermögen, gegenwärtiges und zukünftiges, gleichmässig ergreifen. Dieser Gesichtspunkt wurde auch dann noch festgehalten, nachdem der Verkauf der Person längst ausser Uebung gekommen war. Er lag der lex vicesima zu Grunde und leitete auch die spätern Gesetzgeber. Als einzige Ausnahme stehen die mit Pupillengeld erkauften Sachen da.

2. Nach einem Zwischenraum von drittehalb Jahrhunderten schritt die Gesetzgebung in der betretenen Bahn fort. Die Kaiser Leo und Anthemius unterwarfen das ganze Vermögen der zur zweiten Ehe schreitenden Frau wegen aller dadurch an die Kinder der ersten Ehe fallenden lucra nuptialia dem General-Pfandrecht, tamquam si iure pignoris vel hypothecæ suppositæ sint (res).[1]) Am weitesten gieng Justinian. Sein erstes Gesetz über diesen Gegenstand, die L. 8 C. de sec. nupt. (V. 9.) vom Jahr 528,[2]) ist als eine Ausdehnung

---

[13]) L. 6. C. de servo pign. dat. man. (VII. 8.) Fr. 3. pr. De reb. eor. qui sub. tut. (XXVII. 9.) Diess Fragment entscheidet die Collision zwischen der spätern (vgl. Glück, B. XIX. S. 50. n. 33.) oratio Severi und unserer Constitution. Das stillschweigende Pfand wird trotz des Verbots der oratio aufrecht erhalten, diese mithin auf ausdrückliche Bestellungen eingeschränkt. — Eine dritte Stelle Fr. 7. pr. Qui pot. behandelt das privilegium wegen in rem versio in seiner Anwendung auf das stillschweigende Pfandrecht des Pupillen.

[14]) L. 2. 3. C. de servo pign. dat. verglichen mit L. 6. C. eod. Der Zusatz: sicut *cæteræ res* pupillaribus pecuniis emtæ ist wohl nur durch die Fassung der angerufenen Constitution veranlasst.

[1]) L. 6. § 2. C. de sec. nupt. (V. 9.) aus dem Jahre 469.

[2]) Vgl. L. 6. § 4. C. de bonis quæ liber. (VI. 61.)

der angeführten Constitution von Leo und Anthemius anzusehen. Dasselbe Recht, welches diese Kaiser an dem Vermögen der zur zweiten Ehe schreitenden Frau eingeführt hatten, gestattete Justinian auch an den Gütern des conjux binubus, sowohl für die lucra nuptialia als für die bona materna und materni generis, deren Proprietät den Hauskindern zufiel.[3]) Ohne Anknüpfungspunkt in dem frühern Rechte sind die Bestimmungen zu Gunsten der Ehefrau wegen Zurückgabe der dos,[4]) der paraphernalia[5]) und der donatio propter nuptias,[6]) so wie auch zu Gunsten des Ehemannes wegen Entrichtung der dos und etwaiger Evictionsleistung,[7]) sämmtlich aus dem Jahre 530.[8]) Noch andere Fälle wurden durch Nov. VII. C. 3[9]) (535) und Nov. XXII. C. 44 (536),[10]) einzelne Ergänzungen früherer Bestimmungen durch Nov. XCVIII. C. 1[11]) (539) und Nov. CIX. C. 1[12]) (541) hinzugefügt.

3. Die dargestellten Anwendungen des vertragslosen Pfandrechts lassen sich unter der allgemeinen Bezeichnung der *staatsrechtlichen Obligation* zusammenfassen. Sie schliessen sich insgesammt an ihr gemeinschaftliches Vorbild, das Pfandrecht des Fiscus, an, und enthalten wie dieses nicht ein eigentliches

---

3) Die Controversen über diesen Punkt finden sich bei v. Vangerow, Leitfaden. § 375. Anm. 3. Puchta, Pandecten § 200.

4) L. un. § 1. C. de rei ux. act. (V. 13.) vom Jahr 530. § 23. I. de action. (IV. 6.) Vgl. L. 12. C. qui pot. (VIII. 18.) vom Jahr 531.

5) L. 11. C. de pact. convent. (V. 14.) vom Jahr 530.

6) Vorausgesetzt in L. 12. § 2. C. qui potiores vom Jahr 531 und in Nov. 109. c. 1. vom Jahr 541.

7) L. un. § 1. C. de rei ux. act. vom Jahr 530.

8) Siehe n. 6.

9) Die Kirche an dem Vermögen des emphyteuta wegen allfälliger Deteriorationen.

10) Der Rückerwerber wegen des sub conditione viduitatis Hinterlassenen für den Fall der übertretenen Bedingung.

11) Ausdehnung der L. 8. C. de sec. nupt. (V. 9.) auf den Fall, da der parens, welcher die lucra nuptialia hat, nach Auflösung der ersten Ehe keine zweite eingeht. Das Genauere findet sich bei Marezoll, Zeitschrift für Civilrecht und Process B. III S. 84 ff. Anderer Meinung ist Heimbach, ebendaselbst B. XVI. S. 57—65.

12) Beschränkung des stillschweigenden Pfandrechts auf die orthodoxe Ehefrau.

pignus, sondern eine obligatio veluti pignoris titulo.[1]) Die Regel des oben erläuterten Fr. 28 De iure fisci wird daher auch auf sie alle eine gleichmässige Anwendung finden,[2]) so weit nicht, wie bei der dos,[3]) gesetzliche Ausnahmen davon aufgestellt sind.

Das *privatrechtliche* Pfand dagegen ruht in allen seinen Anwendungen auf dem Consens der Parteien, gleichviel ob dieser in ausdrücklichen Worten abgeschlossen vorliegt, oder aus gewissen Thatumständen gefolgert wird. Die Fälle der letztern Art zeigen eine grosse Aehnlichkeit mit den Anwendungen des gesetzlichen Pfandrechts. Am täuschendsten ist dieselbe da, wo die Gesetzgebung eine authentische Interpretation des Parteiwillens aufstellte, wie unter Marcus zu Gunsten dessen, welcher baares Geld zum Zweck der Wiederherstellung eines Gebändes darleiht. Dennoch enthält auch dieser Fall kein gesetzliches Pfandrecht. Nicht das senatusconsultum, sondern der Partheiwille ist die Quelle des pignus. Der Senat übernimmt nur für einmal die Rolle des Interpreten, in welcher wir sonst die prudentes auftreten sehen.[4]) Daher bezeichnete Papinian das wiederhergestellte Gebäude als pignus, nicht etwa nur als res veluti pignoris titulo obligata. Daher trugen auch die Compilatoren kein Bedenken, mit der Bestimmung des marcischen Senatsschlusses den Titel der Pandecten über den stillschweigenden Pfand*vertrag* (in quibus causis pignus vel hypotheca tacite *contrahatur*) zu eröffnen, ein Umstand, der nicht auf Rechnung eines blossen Zufalls zu schreiben ist, da keine einzige Anwendung der gesetzlichen obligatio bonorum in jenem Titel Aufnahme fand.

---

[1]) So wenigstens in den beiden ältesten Fällen: L. 1. Th. C. de adm. et per tut. (III. 19.) L. 20. I. C. eod. — L. 6. § 2. C. de sec. nupt. (V. 9.)

[2]) Auch das gesetzliche Pfandrecht an der mit Pupillengeldern erkauften Sache ist nicht ausgenommen. Dieses würde übrigens in jedem Fall an dem privilegium wegen in rem versio Antheil haben. Fr. 7. pr. Qui pot.

[3]) L. 12. C. Qui pot.

[4]) Die übrigen Fälle des stillschweigenden Pfandrechts, wie sie in t. 2 D. XX aufgezählt werden, sind sämmtlich ein Erzeugniss der Jurisprudenz, welche aus den Thatumständen den Partheiwillen ableitete.

Die gleichen Bemerkungen gelten auch für das Pfandrecht des Vermächtnissnehmers und der Universalfideicommissarien an den aus der Erbschaft erworbenen Gütern des Onerirten. Justinian führt dasselbe in den bestimmtesten Worten auf den Willen des Testators zurück, indem es ja längst erlaubt sei, durch letztwillige Verfügung ein giltiges pignus zu bestellen.[5]) So legt der Gesetzgeber selbst seinem Gesetze die Bedeutung einer authentischen Auslegung der testamentarischen Verfügung bei.

[5]) L. 1. C. comm. de legat. (VI. 43.) — Si enim testator ideo legata vel fideicommissa dereliquit, ut omnimodo personæ ab eo honoratæ ea percipiant, apparet, ex eius voluntate etiam præfatas actiones (sc. in rem et hypothecariam) contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis voluntati eius satisfiat.

XII.

Die Fälle des Pfandrechts ohne Verkauf.

I. Das Pfandrecht an dem redemtus.

---

1. Der Hauptgewinn unserer bisherigen Darstellung besteht in der Erkenntniss der verschiedenen Rechtsgründe, auf welchen der Verkauf des staatsrechtlichen und der des privatrechtlichen Pfandes beruht. Jener ist der wesentliche Inhalt der obligatio bonorum, dieser das Ergebniss eines zu dem Pfandvertrag hinzutretenden besondern pactum de vendendo. Zu diesem letztern kehren wir nunmehr zurück.

Die stillschweigende Ergänzung der Verkaufsberedung auf dem Gebiet des privatrechtlichen Pfandes blieb ohne allen Einfluss auf die rechtliche Natur desselben. Die Verkaufsbefugniss war auch jetzt nicht sowohl der wesentliche Inhalt als vielmehr nur der stete Begleiter des pignus, dem Begriff desselben blieb die Veräusserung und Befriedigung aus dem Erlöse völlig fremd. So giebt es denn auch in unsern Quellen noch Rechtsverhältnisse, welche niemals eine Verkaufsbefugniss mit sich führten, und dennoch regelmässig als pignus dargestellt werden. Wir fassen diese unter der gemeinsamen Bezeichnung der Fälle des Pfandrechts ohne Verkauf zusammen, und widmen ihrer Betrachtung die folgenden Abschnitte.

Zuerst von dem pignus des Käufers an der Person des redemtus. Der von seinem Mitbürger aus feindlicher Gefangenschaft losgekaufte Römer gewann das postliminium erst mit der Wiedererstattung des ausgelegten Kaufpreises.[1]) Bis dahin blieb er als freier Mann[2]) an Pfandesstatt[3]) in der Gewalt des redemtor.[4]) Von Verkauf und Befriedigung aus dem Erlöse war keine Rede[5]) und doch wurde das Recht des redemtor an der Person des redemtus als pignus bezeichnet. Die factische Ge-

---

1) L. 1. 7. C. de postliminio reversis et redemtis ab hostibus. (VIII. 51.) Der von der Mutter pietatis ratione losgekaufte Sohn erhält seinen frühern status sofort. Ebenso der mit den Waffen befreite Fr. 21. pr. De captivis et de postliminio (XLIX. 15.) L. 12. C. t. c. oder ohne Bezahlung Ausgelieferte L. 5. C. t. c. Der Wiedererstattung des Preises gilt der Erlass gleich. L. 2. 11. 17. C. t. c. Dieser kann auch ein stillschweigender sein; namentlich wird die Ehe des redemtor mit der redemta als remissio pignoris aufgefasst. Fr. 21. pr. D. t. c. L. 2. 13. C. t. c. Neben dem Erlass kommt ein Verlust wegen Missbrauchs vor. L. 7. C. t. c. Zuletzt ist zu bemerken, dass die Suspension des postliminium die Vindication eines deferirten Erbrechts nicht hindert. L. 15. C. t. c. (Die Worte: pro eo data pecunia gehören zu den vorhergehenden: antequam restituatur.) Fr. 1. § 4. De suis et leg. her. (XXXVIII. 16.) enthält keinen Widerspruch.

2) Fr. 20. § 1. Qui testam. (XXVIII. 1.) L. 2. C. t. c. (Gordian) Ab hostibus redemti, quoad exsolvatur pretium, magis in causam pignoris constituti quam in servilem conditionem esse detrusi videntur. — Daher enthält der ausdrückliche oder stillschweigende Nachlass des Pfandes keine Manumission L. 11. 13. C. t. c. Vgl. L. 6. C. eod.; daher hat auch die irrthümlich vorgenommene Manumission keinen Einfluss auf den status des redemtus. Fr. 21. pr. D. t. c. Daher endlich ist das von der redemta vor der Luition geborne Kind ingenuus L. 16. C. t. c. und die Mutter zu der legitima hereditas desselben nach dem tertullianum zugelassen. Fr. 2. § 3. Ad S. C. tertull. (XXXVIII. 17.)

3) L. 2. 8. 11. C. t. c. Fr. 20. § 1. Qui testam. (XXVIII. 1.) Fr. 43. § 3. De legat. I. (XXX. 1.) Fr. 15. Fr. 19. § 9. Fr. 21. De capt.

4) Fr. 20. § 1. Qui testam. (potestas.) Daher heisst der redemtor wohl auch dominus. Fr. 21. pr. in fine. De capt. Vgl. L. 12. C. t. c.

5) In einer Constitution der Kaiser Honorius und Theodosius (L. 2. Th. C. de postlim. V. 5. L. 20. I. C. t. c.) vom Jahr 409 werden fünfjährige Dienste jedem Kaufpreis gleichgestellt. Hierin liegt zwar eine Abweichung von dem ursprünglichen Gesichtspunkt, insofern als das Pfand zur Befriedigung benützt wird, aber mit der Befriedigung durch Verkauf hat das Abverdienen keine Aehnlichkeit. Mit der Veräusserung des redemtus darf die Cession des ius pignoris nicht verwechselt werden. Diese ist dem redemtor wie bei einer durch Klage verfolgbaren Forderung gestattet. Fr. 12. § 13. Fr. 19. § 9. De capt. (XLIX. 15.)

walt, welche dem Käufer als Mittel die Zahlung des Kaufpreises zu erzwingen, eingeräumt war, enthielt eine volle Rechtfertigung jener Bezeichnung. Besondere Aufmerksamkeit verdient der Umstand, dass von einem persönlichen Forderungsrecht des Käufers keine Rede ist.[6]) Das pignus, statt als accessorium zu der Schuldklage hinzuzutreten, nimmt selbst die Stelle derselben ein.[7]) Eine naturalis obligatio zur Zahlung des Kaufpreises liegt nicht vor, denn wenn auch sonst das Dasein eines Pfandrechtes als hinreichend zur Aufrechterhaltung der natürlichen Verbindlichkeit angesehen wird,[8]) so ist doch der redemtus vor Eintritt seines postliminium unfähig, der Träger selbst eines solchen weniger wirksamen, nur unvollständig anerkannten Rechtsverhältnisses zu sein. Die Möglichkeit der Compensation und die der Sicherung durch Bürgen oder Conventionalpfänder ist daher bei dem redemtus völlig ausgeschlossen. Der Käufer hat kein anderes Mittel der Befriedigung als jene factische Gewalt über den losgekauften Gefangenen. Die Abwesenheit jeder persönlichen, klagbaren oder blos natürlichen Verbindlichkeit des redemtus erklärt den Satz, wonach der Losgekaufte stets mit vollem status stirbt, selbst dann, wenn der Kaufpreis während seines Lebens weder entrichtet, noch erlassen worden ist.[9]) Das faktische Verhältniss nämlich, worauf der Käufer zum Wiedergewinn des Kaufpreises beschränkt ist, hat nicht erst nach dem Eintritt des Todes, sondern schon mit dem Beginn des Todeskampfes, quum mori cœperit, seine Endschaft erreicht. Der redemtus scheidet also unbelastet von jener Obligation aus dem Leben.

---

6) Die conventio, von welcher Tryphonin in Fr. 12. § 9. D. t. c. spricht, bezieht sich nicht auf eine Klage, sondern auf eine aussergerichtliche Aufforderung.

7) Kann daher wie diese cedirt werden. Fr. 12. § 13. Fr. 19. § 9. D. t. c.

8) Fr. 59. pr. ad S. C. treb. (XXXVI. 1.) — remanet ergo propter pignus naturale debitum. — Das naturale debitum wird aus dem Fortbestehen des Pfandes gefolgert, und nicht umgekehrt das naturale debitum dem Pfand zum Grunde gelegt.

9) Fr. 1. § 4. De suis et legitim. (XXXVIII. 16.) (Ulpian.) — sed si interim (sc. ante luitionem) decesserit, *quum placeat eum statu recepto decessisse*, nepotibus obstabit.

Er hinterlässt mithin sui heredes; die Söhne sind daher nicht gehalten, noch nach des Vaters Tod den Kaufpreis zu entrichten, um die Suität nachträglich zu begründen.[10])

Das Pfandrecht des redemtor ist auf die Person des redemtus beschränkt. Die Kinder desselben, selbst die nach dem Loskauf vor der Luition gebornen, sind von jener faktischen Gewalt, welche auf der Mutter lastet, völlig frei.[11])

Die Begünstigung des Kaufpreises fand keine Anwendung bei den auf den Unterhalt des Gefangenen verwendeten Kosten.[12])

2. Bisher ist ausschliesslich von demjenigen Zwangsmittel die Rede gewesen, welches den redemtor eines *freien Menschen* zur Geltendmachung seines Anspruches auf Erstattung des Kaufpreises befähigte. In ähnlicher Weise wurde nun auch für den Käufer eines fremden Sklaven gesorgt. Denn für ihn war die Gefahr, mit dem redemtus zugleich auch den ausgelegten Kaufpreis zu verlieren, dieselbe. Der einzige Unterschied bestand darin, dass diessmal nicht der redemtus selbst, sondern

---

10) Fr. 15. De capt. Ulpianus libro XII ad Sabinum. Si patre redemto et ante luitionem defuncto, filius post mortem eius redemtionis quantitatem offerrat, dicendum est, suum ei posse existere; etsi forte quis subtilius dicat, hunc, dum moritur, quasi iure pignoris finito, nactum postliminium et sine obligatione debiti obiisse, ut possit suum habere; quod non sine ratione dicetur. — Auch in andern Rechtstheilen ist der Unterschied zwischen der Vollendung und dem Beginn des Todes von Bedeutung. Vgl. Fr. 28. De condit. institut. (XXVIII. 7.) Fr. 104. § 6. De leg. I. Fr. 65. § 2. De leg. II. Fr. 101. § 3. Fr. 103. De condition. et demonstrat. (XXXV. 1.) Fr. 11. § 4. Ad leg. falcid. (XXXV. 2.) Fr. 78. § 10. Ad S. C. treb. (XXXVI. 1.) Fr. 4. § 1. Quando dies legat. (XXXVI. 2) Fr. 1. § 19. De collat. bonor. (XXXVII. 6.)

11) L. 8. C. t. c. Diocletian und Maximian. a. 291. Præses provinciæ, ne ulterius in servitutis iugo detinearis, curæ habebit. Qui pro solertia sua parum ignorat filiorum tuorum statum tueri; quos postea quam redemta es, enixam te esse significas, *quum eos, qui post redemtionem nascuntur, ne pignoris quidem vinculo, ob pretium, quod pro his datum non est, teneri, nullis auctoribus visum est.* — Wenn Ulpian in Fr. 21. pr. D. t. c. sagt — — — ideoque eam, *quæ postliminio reversa erat*, liberam et ingenuam ingenuum peperisse constat. — — so darf hieraus nicht gefolgert werden, dass der *vor* dem Eintritt des postliminium geborne dem Pfandrecht noch unterliege oder gar Sclave werde. Jene Beschränkung gehört der species facti an, von welcher Ulpian spricht.

12) L. 20. C. h. t.

der ehemalige Eigenthümer den Käufer bedrohte. Der Eintritt des postliminium gab jedem frühern dominus sein Eigenthum, wie dem Freien seine Freiheit zurück. Der redemtor hatte im besten Falle die Stellung eines bonæ fidei possessor, und war als solcher bis zu vollendeter Ersitzung der Eviction, mithin dem Verlust von Sache und Kaufpreis ausgesetzt.[1]) Gegen diese Gefahr wurde dasselbe Schutzmittel aufgestellt, welches zu Gunsten des redemtor liberi von Alters her Anwendung gefunden hatte. Man suspendirte den Eintritt des postliminium bis zu der Abtragung des Kaufpreises. Die Form, deren man sich bediente, war folgende. Der redemtor wurde zum Eigenthümer des von ihm erkauften Sklaven erhoben, mochte er bona oder mala fide, mit oder ohne Kenntniss des fremden Eigenthums gekauft haben. Dagegen erhielt der frühere dominus, oder der von diesem aufgestellte Pfandgläubiger, das ius offerendi, an dessen Ausübung nun der Eintritt des postliminium geknüpft war.[2])

3. Das Gesetz, welches diese Bestimmungen zuerst aufstellte, hatte offenbar das Pfandrecht des redemtor liberi vor Augen. Was für diesen die potestas über den noch nicht gelösten Römer war,[1]) das sollte für den redemtor servi das Eigenthum an dem losgekauften Sclaven werden, nämlich ein Zwangsmittel zum Ersatz des Kaufpreises, ein pignus, das die Stelle der Klage verträte. Dass diese Anschauungsweise den Römern nicht fremd war, dafür bürgt zunächst die Uebertragung der Grundsätze des ius offerendi unter mehrern Pfandgläubigern auf das Verhältniss des creditor pignoraticius aus der Zeit des frühern Eigenthümers zu dem redemtor,[2]) dafür auch die Bezeichnung des dem Käufer zustehenden Rechts als

---

[1]) Fr. 12. § 8. De capt.

[2]) Fr. 12. § 8. D. eod. Einzelne Folgen der Suspension des postliminium sind in den §§ 14. 15. 16. entwickelt. In einzelnen Fällen wird der Fiscus zum Ersatz des Kaufpreises angehalten. Fr. 12. § 17. D. t. c.

[1]) Fr. 20. § 1. Qui testam. (XXVIII. 1.)

[2]) Fr. 12. § 12. De capt.

blosses vinculum[3]) (sc. pignoris); — endlich die völlige Gleichstellung des freien und unfreien redemtus in Bezug auf verschiedene Rechtsfragen.[4])

4. Die Vereinigung der neuen Gesetzgebung[1]) mit dem frühern Rechtszustande führte zu mehrern Fragen, welche Tryphonin in dem vierten Buche seiner Disputationen erörtert.[2]) Wie lange sollte dem frühern Eigenthümer das ius offerendi gegen den redemtor gestattet sein? nur bis zum Ablauf der für die Usucapion festgesetzten Zeit oder später noch? Wollte man sich für das letztere entscheiden, so würde der Zustand des redemtor offenbar verschlimmert, während die Constitution darauf ausgieng, ihn zu verbessern. Aus diesem Grunde entscheidet sich Tryphonin für die Beschränkung der Oblation, mithin des Pfandverhältnisses, auf die Dauer der Usucapionszeit, obschon ihm keineswegs entgeht, dass da, wo das Eigenthum von Anfang an vorhanden ist, von einem Erwerb desselben durch Ersitzung nicht mehr die Rede sein kann. Nur dem malæ fidei possessor darf später noch offerirt werden. So hat also auch nach jener Constitution die Kenntniss oder Unkenntniss des fremden Eigenthums keineswegs alle Bedeutung verloren. Was sie früher für den Erwerb des Eigenthums war, das ist sie jetzt für das ius offerendi.

5. Eine zweite Frage betraf die Wirkung der Manumission von Seite des redemtor. Diese wurde als Remission des dem Käufer in Form von Eigenthum ertheilten Pfandrechts aufgefasst. Die Folge davon war der unmittelbare Eintritt des postliminium zu Gunsten des frühern dominus. Der

---

3) Fr. 71. pr. De acq. vel omitt. hered. (XXIX. 2.)

4) *a)* Fr. 43. § 3. De leg. I. Qui ab hostibus redemtus est, legari sibi poterit, et proficiet legatum ad liberationem vinculi pignoris, quod in eo habuit qui redemit. Nach der in Fr. 12. § 2. D. eod. enthaltenen Rechtsregel muss diese Stelle von dem servus redemtus eben so gut als von dem liber redemtus verstanden werden. *b)* Fr. 19. § 9. De capt.

1) Tryphonin spricht ausdrücklich von einer constitutio. Fr. 12. §§ 7. 8. De capt.

2) Fr. 12. §§ 8. 9. De capt.

Manumittirte, statt frei zu werden, änderte seinen Herrn. Diese Consequenz schien jedoch allzu hart; sie musste dem favor libertatis weichen; die Wirkung des postliminium wurde dahin ermässigt, dass dem früheren dominus statt des Eigenthums nur der Preis des Sklaven zufallen sollte.[1]) Für die richtige Bezahlung desselben haftet der Freigelassene als pignus. Es ist nicht zu verkennen, dass diess in Folge der Manumission eintretende Pfandverhältniss zu Gunsten des Eigenthümers mit jenem durch die Redemtion eines Freien herbeigeführten zu Gunsten des redemtor die grösste Aehnlichkeit hat. Auch dem ehemaligen Eigenthümer steht keine Klage zu Gebote, weder eine persönliche noch die Pfandklage, auch ihm ist kein Verkauf gestattet; und dennoch wird ihm ein Pfandrecht zugeschrieben, ja dieses sogar als obligatio bezeichnet.[2])

6. Das Schicksal der von der losgekauften Sklavinn vor der Luition bei dem redemtor gebornen Kinder wird in ähnlicher Weise aufgefasst wie das des partus einer libera redemta. Sie sind nicht demselben Zustande verfallen, in welchen die Mutter in Folge ihrer Redemtion eintritt. Der Käufer hat sie nicht nur als Pfänder, sondern als volles Eigenthum; dem frühern Herrn der Mutter steht für den partus kein ius offerendi zu, gleichviel ob die Mutter zur Zeit ihrer Gefangenschaft schon schwanger war, oder es erst später während der Gefangenschaft oder nach Beendigung derselben wurde. Dagegen ist der Werth der Kinder von dem Kaufpreis der Mutter abzurechnen und nur der Ueberrest als Luitionssumme von dem frühern Eigenthümer abzufordern.

---

[1]) Fr. 71. pr. De acq. vel omitt. hered. Ulpian spricht hier zunächst von der testamentarischen Manumission eines zum heres necessarius berufenen Sklaven. Obwohl nun diese in verschiedenen Beziehungen vor andern Freilassungen ausgezeichnet wird, so zeigt doch die Allgemeinheit, in welcher Tryphonin in Fr. 12. § 9. c. die Manumission für wirksam erklärt, dass hier ein ganz allgemeiner Rechtssatz vorliegt. — Ein ähnliches Auskunftsmittel wurde favore libertatis auch in andern Fällen angewendet Fr. 16. De S. C. silan. (XXIX. 5.) Fr. 11. 12. 13. pr. Fr. 19. De iure codic. (XXIX. 7.)

[2]) Fr. 71. pr. c. — maneat ei *obligatus* donec pretium solvat.

Anders steht es mit den schon während der feindlichen Gefangenschaft gebornen und dann zugleich mit der Mutter heimgekauften Kindern. Diese fallen unter die Bestimmungen der Constitution über die servi redemti; sie kehren in Folge der Luition iure postliminii in die Gewalt des Eigenthümers zurück, sofern wenigstens die Mutter zur Zeit ihrer Gefangenschaft schon schwanger war.[1])

[1]) Die Hauptquelle für diese Sätze ist Fr. 12. § 18. De capt. Vgl. Fr. 73. De leg. II.

XIII.

Die Fälle des Pfandrechts ohne Verkauf.

II. Die prätorischen Missionen.

---

1. Die prätorische Einweisung in den Besitz erzeugt ein Rechtsverhältniss, welchem die Verkaufs-Befugniss in manchen Fällen völlig fremd ist und das dennoch als pignus bezeichnet wird. Die Uebertragung dieses Begriffs auf die Missionen verdient darum besondere Aufmerksamkeit, weil sie das Resultat einer juristischen Reflection und verhältnissmässig sehr späten Ursprungs ist. Die einzelnen Missionen hatten sich völlig selbstständig entwickelt und waren bereits in dem vollen Besitz einer von dem Pfandrecht unabhängigen, ausgebildeten Theorie. Da erst machte die Wissenschaft der römischen Juristen auf die Aehnlichkeit des durch sie herbeigeführten Rechtsverhältnisses mit dem durch Privatübereinkunft begründeten pignus aufmerksam. Man fieng jetzt an von einem prätorischen Pfand zu sprechen. Diese Zusammenstellung hatte ursprünglich wohl nur ein dogmatisches Interesse, sehr bald aber führte sie zu praktischen Consequenzen. Von dem neuen Gesichtspunkte aus wurden nämlich Versuche gemacht, die Theorie der Missionen aus der Lehre von dem Conventionalpfande zu ergänzen, ja die letztere so weit immer möglich auf jene zu übertragen. Der Erfolg war jedoch ein sehr unvoll-

ständiger. Nur in wenigen Punkten wurde die Analogie durchgeführt. Weitaus der grössere Theil der Missionstheorie zeigt eine völlig eigenthümliche, von dem pignus abweichende Gestaltung, und selbst die römischen Juristen finden es bei einzelnen Fragen nicht überflüssig, auf die Verschiedenheit des prätorischen von dem Conventionalpfande aufmerksam zu machen und dadurch vor übereilten Folgerungen aus der Analogie des pignus zu warnen.

Diess Verhältniss des Pfandrechtsbegriffs zu den prätorischen Missionen bestimmt den Gang der folgenden Untersuchung. Wir werden zuerst die einzelnen Missionen, so weit sich ihre Theorie selbstständig entwickelte, darstellen, alsdann die Auffassung des durch sie herbeigeführten Rechtsverhältnisses als pignus prætorium sowohl nach ihrer Entstehung als nach ihrem Einfluss auf die weitere Gestaltung der Lehre betrachten.

2. Die einzelnen Missionen zerfallen in zwei Hauptklassen. Die prätorische Einweisung betrifft nämlich bald ein ganzes Vermögen, bald nur einzelne Sachen. Diesen beschränkten Umfang hat die Mission wegen verweigerter cautio damni infecti; sie erfolgt nur in den Besitz des schadendrohenden Grundstücks. Die missio in omnia bona dagegen wird von Ulpian auf drei verschiedene Rechtsgründe zurückgeführt. Der prätor ertheilt sie dem Gläubiger als Sicherungsmittel für die Befriedigung seines Anspruches (rei servandæ causa), dem Legatar als Caution für die Erfüllung des Vermächtnisses (legatorum seu fideicommissorum servandorum causa), dem zukünftigen noch ungebornen Erben in der Person der schwangern Mutter als vorläufigen Erbschaftsbesitz (ventris nomine.)[1] Diese Reihenfolge legen wir der folgenden Darstellung zu Grunde.

---

[1] Fr. 1. Quibus ex causis in possessionem eatur. (XLII. 4.) Tres fere causæ sunt, ex quibus in possessionem mitti solet: rei servandæ causa, legatorum servandorum causa, et ventris nomine. Damni enim infecti nomine si non caveatur, non universorum nomine fit missio, sed rei tantum de qua damnum timetur.

3. DIE MISSIO REI SERVANDÆ CAUSA.[1])

Die civile Prozesseinleitung durch in ius vocatio und vadimonium setzte die Gegenwart und Mitwirkung des Beklagten voraus. Und doch stand dem Gläubiger kein Rechtsmittel zu Gebote, den Schuldner zur Einlassung zu nöthigen. Die beschränkten Verhältnisse des ursprünglichen Roms machten diese Lücke weniger fühlbar. Unerträglich wurde sie erst nach der Erweiterung des Gebiets. Das natürliche Interesse des Schuldners, sich der Klage zu entziehen, verbunden mit der Leichtigkeit der Ausführung bewog nunmehr den Prätor zur Einführnng der missio in possessionem rei servandæ causa. Durch den Mitbesitz des Gläubigers sollte der Widerstand des Schuldners besiegt, seine Einlassung erzwungen werden. Das Edikt hob drei Fälle dieses Contumacialverfahrens hervor: Absichtliches Meiden des Gläubigers, freiwilliges Exil, erbloses Versterben.[2]) Diese Klauseln wurden die Grundlage einer Interpretation, welche das Bedürfniss der Praxis mit der Mangelhaftigkeit des Gesetzes zu vereinigen strebte. Das absichtliche Meiden des Gläubigers qualificirte sich nur dann zu der latitatio frauda-

---

[1]) Davon handeln hauptsächlich folgende Schriftsteller: Cuiacius obss. lib. X. c. 31. Glück, Erläuterung. B. XVIII. S. 252—259. Zimmern, der römische Civilprocess. S. 235—248. Stieber, de bonorum emtione apud veteres romanos. Lipsiæ 1827. §§ 10—16. p. 26—53. Bethmann-Hellweg, Gerichtsverfassung und Process des sinkenden römischen Reiches. S. 279—284. Keller, semestrium lib. I. §§ 2—6. p. 44—113. Dazu meine Recension in den Richterschen Jahrbüchern B. XII. 974—998.

[2]) In der Rede pro Quinctio c. XIX. gibt Cicero dem Edict folgende Fassung: QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITARIT. Non est is Quinctius, nisi si latitant, qui ad negotium suum, relicto procuratore, proficiscuntur. CUI HERES NON EXSTABIT. Ne is quidem. QUI EXILII CAUSA SOLUM VERTERIT. — In den Pandecten findet sich nur die erste dieser Clauseln: Fr. 7. § 1. Quib. ex causis (XLII. 4.) QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITABIT, SI BONI VIRI ARBITRATU NON DEFENDETUR, EIUS BONA POSSIDERI VENDIQUE IUBEBO. Dieselbe liegt dem Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximian in L. 9. C. de bonis auctorit. iud. (VII. 72.) zu Grunde: — Nam si ad circumscriptionem tui iuris latitat nec defenditur, et eum tuum debitorem esse constat, ad exemplum edicti bonorum eius possessionem poteris impetrare. Tempore autem transacto, etiam venditionem eorum a competente iudice postulare non prohiberis. Siehe auch Papinian in Fr. 50 pr. De pec. (XV. 1.)

tionis causa, wenn es mit dem Versteck im eigenen Hause[3]) oder doch wenigstens in der Stadt Rom[4]) verbunden war. Später gieng man weiter. Zu Ulpians Zeit hatten sich die Juristen dahin geeinigt, die latitatio auch trotz der Entfernung von Rom (oder von eines Jeden Domicil) anzunehmen, sobald nur der Flüchtige an seinem neuen Aufenthaltsorte in derselben Weise wie früher zu Rom den Nachforschungen des Gläubigers aus dem Wege gieng.[5]) Grössere Ausdehnung ertrugen die Ediktsworte nicht. Namentlich schien es unzulässig, sie auf die blosse Abwesenheit ohne Versteck an dem neuen Aufenthaltsorte zu erstrecken. Und doch konnte es Niemandem entgehen, wie unwesentlich gerade dieser letzte Umstand war, sobald die Entfernung selbst, die Flucht von Rom, in der Absicht des Schuldners, sich dem Gläubiger zu entziehen, ihren Grund hatte. Diese Absichtlichkeit aber fiel Jedem zur Last, der sich ohne Bestellung eines Stellvertreters von seinem Wohnorte entfernte. So kam es, dass die Abwesenheit ohne Defension mit der latitatio gleich behandelt wurde. Auch der absens indefensus sah sich nun der missio in bona ausgesetzt.[6]) Ja hierbei galt es als völlig gleichgiltig, ob sich der Schuldner freiwillig oder in Folge eines äussern Zwanges, z. B. eines über ihn verhängten temporären Exils von seinem

---

3) Fr. 18. 19. De in ius voc. (II. 4.)

4) Fr. 7. § 13. Quib. ex caus. in poss.

5) Fr. 7. § 13. D. c. Fr. 36. De reb. auct. iud.

6) Gaius III. § 78. Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum. Vivorum velut eorum qui fraudationis causa latitant, *nec absentes defenduntur* — — Fr. 1. De negot. gest. (III. 5.) Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas *absentium* versatur, *ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur*. Der Ausdruck *aut* statt et erklärt sich aus der Beziehung auf diejenigen Fälle, in welchen der *schuldlos* Abwesende zwar mit dem Verkauf, nicht aber mit der possessio des Gläubigers verschont bleibt. Vgl. Fr. 21. § 2. Ex quib. caus. mai. (IV. 6.) — Hieher können auch diejenigen Stellen gezogen werden, in welchen von indefensi überhaupt, nicht gerade von absentes indefensi die Rede ist. Die letztern gehören jedenfalls auch dazu. Fr. 19. § 1. De iudic. (V. 1.) Vgl. Fr. 1—3. De reb. auctorit. iudic. poss. seu vend. (XLII. 5.) Fr. 28. D. eod. verba: ut non omnimodo, si non defendatur, ipsius bona veneant. — Fr. 1. § 2. Quod cuiusq. universit. nom. (III. 4.) L. 3. C. de proc. (II. 13.)

Wohnorte entfernt hatte. Die Vorsorge für gehörige Defension war auch hier möglich, ihre Unterlassung galt auch hier als Beweis absichtlicher Fraudation.[7]) Dasselbe bewährt sich bei der in betrügerischer Absicht herbeigeführten absentia rei publicæ causa. Auch hier erfolgt Einweisung und Verkauf.[8])

Die missio wegen Abwesenheit ohne Stellvertretung führte jedoch zu keiner possessio EX EDICTO. Dadurch unterschied sie sich von der Mission in das Vermögen des latitans. Der Prätor gab sie nur causa cognita, nicht de plano; es war eine decretalis, keine edictalis possessio.[9]) Hieraus allein erklärt

---

[7]) Fr. 13. Quib. ex caus. in poss.

[8]) Fr. 6. § 1. Quib. ex caus. in poss. Paulus. Quum dicitur: ET EIUS CUIUS BONA POSSESSA SUNT A CREDITORIBUS VENEANT, PRÆTERQUAM PUPILLI ET EIUS, QUI REIPUBLICÆ CAUSA SINE DOLO MALO ABFUERIT, intelligimus eius, qui dolo malo abfuerit, posse venire.

[9]) Für die in dem Edict vorgesehenen Fälle hat schon Cuiacius obss. lib. X. c. 31., neuerlich Keller, Sem. lib. 1. p. 70. die richtige Lehre vertheidigt. Für die übrigen, namentlich für die indefensi, versteht sich die Nothwendigkeit des Decrets von selbst. Diese wird übrigens in L. 3. C. de procur. sehr deutlich hervorgehoben. Severus et Antoninus a. 204. Deliberabit autem prætor, si non defendantur heredes, an mittere te in possessionem debeat, secuturus iurisdictionem quæ adversus indefensos exerceri solet. Die Kaiser würden es nicht unterlassen haben, statt auf die blosse Uebung, auf den Edictsabschnitt aufmersam zu machen, wie später noch Diocletian und Maximian in L. 9. C. de bon. auctorit. iud., hätte ein solcher in Betreff der indefensi wirklich bestanden. Fr. 18. Si servit. (VIII. 6.): causa cognita. Vgl. Fr. 7. § 10. Quib. ex caus. in poss. eat. — Uebrigens ist auch in den Fällen der possessio *edictalis* die Thätigkeit des Prätors nicht ganz ausgeschlossen. Namentlich wird sie sich auf den Beweis der Forderung selbst richten. L. 9. C. de bon. auctor. iud. (VII. 72.) Dieser muss, was auch unsere Schriftsteller dagegen sagen, von Seite des Klägers vollständig erbracht werden. Freilich wird der Schuldner auch späterhin noch zum Gegenbeweis oder zur Durchführung von Exceptionen zugelassen. Gelingt ihm dieselbe, dann wird die Mission für ungiltig erklärt. Fr. 12. pr. De reb. auct. iud. Cicero pro Quinctio c. 11—14, oder dem missus ungestraft der Eintritt in das Vermögen verwehrt Fr. 1. § 5. Ne vis fiat ei (XLIII. 4.) unter Umständen sogar eine iniuriarum actio gegen denselben ertheilt. Gaius III. § 220. — Aber nicht nur der Beweis dieser Forderung überhaupt, sondern einer Forderung ohne dies und conditio ist nöthig. Zeit und Bedingung stellen den Promittenten einem Nichtschuldner völlig gleich. Fr. 7. § 14. Fr. 14. § 2. Quib. ex caus. in poss. eat. Fr. 50. pr. De pec. (XV. 1.) Das Gegentheil scheint Fr. 6. pr. Quib. ex caus. in poss. eat. zu sagen. Allein es gibt in der That einen einzelnen Fall, in welchem auch

sich der Umstand, dass das Recht des absens indefensus in unsern Quellen nur beiläufig erwähnt, nirgends im Zusammenhang entwickelt, und auch nirgends auf einen bestimmten Edictsabschnitt zurückgeführt wird.

4. Diess Resultat hat sich keineswegs des allgemeinen Beifalls zu erfreuen. Die meisten Juristen älterer und neuerer Zeit haben sich für die Annahme einer besondern Edictsklausel mit der Fassung QUI ABSENS IUDICIO DEFENSUS NON FUERIT vereinigt. Der Zusammenhang der quinctiana schien diesen vierten Fall vorauszusetzen. In der Rechtsgeschichte wurde er zuerst durch Hotoman eingebürgert, zuletzt auf eine so unsichere Autorität hin, gegen das übereinstimmende Zeugniss der zahlreichen bis jetzt bekannten Handschriften, von Keller vertheidigt. Und doch zeigt Ciceros Darstellung, namentlich durch die im XXVIII Kapitel versuchte Zusammenstellung der Hauptpunkte seiner Argumentation,[1]) deutlich, dass

---

eine bedingte Forderung Anspruch auf die missio rei servandæ causa ertheilt. Ist nämlich der Erbe der Insolvenz verdächtig, so werden sämmtliche Gläubiger, auch diejenigen, welche nur eine bedingte oder betagte Forderung haben, mit einem Gesuch um Satisdation zugelassen, und wenn der Erbe dem prätorischen Befehl nicht gehorcht, in den Güterbesitz eingewiesen. Fr. 31. § 3. De reb. auct. iud. (XLII. 5.) Fr. 4. pr. De separ. (XLII. 6.) und zum Verkauf berechtigt. Auf diesen Fall ist Fr. 6. pr. c. zu beziehen, Auch zu Lebzeiten des ursprünglichen Schuldners wird bei allen bonæ fidei Contracten unter Umständen die Cautionsforderung angehört. Aber das Verfahren ist hier ein ganz verschiedenes. Der Schuldner wird durch den iudex verurtheilt, gerade so als handelte es sich um die definitive Tilgung der Forderung. Die Nichtleistung der Condemnationssumme führt dann zu der gewöhnlichen missio iudicati servandi causa. Fr. 41. De iud. (V. 1.) Eine ganz andere Vereinigung der erwähnten Stellen hat Cuiacius obss. lib. X. 32. versucht. Die von Donnellus (comm. iur. civ. lib. XXIII. c. 11.) aufgestellte Erklärung ist von Stieber a. a. O. S. 30. c. angenommen worden.

[1]) Ex edicto autem non potuisse bona possideri demonstravi: quod neque fraudandi causa latitasse, neque exsilii causa solum vertisse diceretur. *Reliquum est, ut eum nemo iudicio defenderit.* Quod contra copiosissime defensum esse contendi. — — Die absichtliche Trennung der Frage nach der defensio von jener ersten, ob eine Clausel des prätorischen Edicts de bonorum possessione et venditione zur Anwendung gekommen sei, durch die Worte *reliquum est* und durch eine besondere Zusammenstellung der

der Beweis der gehörigen, rechtzeitigen Vertheidigung von Seite des procurator Alfenus nicht sowohl durch eine vierte Klausel des Edicts, als vielmehr durch den Zusatz der ersten: SI BONI VIRI ARBITRATU NON DEFENDETUR veranlasst wurde. Dolabella nämlich hatte die Partheien zu der Sponsion: SI BONA QUINCTII EX EDICTO P. BURRIENI PRAETORIS POSSESSA NON ESSENT,[2]) genöthigt. Diese Fassung zeichnete dem Sachwalter des Quinctus sehr bestimmt seine Aufgabe vor. Er musste seine ganze Kunst auf den Beweis des einen Satzes richten, dass ein *ediktsmässiger Besitz* nicht vorliege. Zu diesem Zwecke wird zunächst jede der drei Klauseln, welche der Prätor zusammengestellt hatte, durchgegangen und gezeigt, dass keine derselben auf den Fall des Quinctius Anwendung finde.[3]) Demselben Zwecke dient die Hervorhebung der Deiection des Quinctius von Seite des Nävius. In ihr lag eine Verletzung der Bestimmung: DOMINUM INVITUM DETRUDERE NON PLACET; in ihr daher ein neuer Beweis: EX EDICTO possessum non esse, mithin ein neues Pfand des Sieges.[4]) Endlich wird zu dem gleichen Zwecke eine Verletzung des Edicts in der Unterlassung des Verkaufs, mit welchem der Prätor die Mission beschliesst, nachgewiesen.[5]) Wie lässt sich nun denken, dass Cicero die wichtige Voraussetzung eines *edictsmässigen* Besitzes, das SI BONI VIRI ARBITRATU NON DEFENDETUR[6]) übergangen haben sollte? Wie lässt sich vollends annehmen, dass die wirklich vorhandene ausführliche Beweisführung des Redners zu Gunsten der rechtzeitigen Defension[7])

---

für die defensio geltend gemachten Gründe, zeigt doch wohl deutlich genug, dass hier ein ganz neuer Punkt, nicht eine vierte Clausel des Edicts an die Reihe kommt.

2) C. 18.

3) C. 19.

4) C. 27.

5) C. 23. 24.

6) Fr. 7. § 1. Quib. ex caus. in poss. eat. L. 9. C. de bon. auctor. iud.

7) C. 19—23. Dieser Abschnitt beginnt mit den Worten: Quo tempore existimas oportuisse, Nævi, absentem Quinctium defendi aut quomodo? Der schnelle Uebergang von der Edictsclausel SI EXSILII CAUSA SOLUM VERTERIT zu den Worten: Quo tempore hatte bei dem mündlichen Vor-

nicht sowohl durch die obenerwähnte Bedingung, als vielmehr durch einen vierten Fall, von welchem nirgends eine Spur zu finden ist, veranlasst worden sei?

5. Kein grösseres Gewicht hat die Darstellung des Gaius,[1] welcher die Reihe der dem Güterverkauf preisgegebenen Schuldner mit der Klasse jener, qui fraudationis causa latitant *nec absentes defenduntur*, eröffnet. Diese Verbindung wird durch den innern Zusammenhang und die nahe Verwandtschaft jener beiden Fälle gerechtfertigt. Ein Beweis für die ausdrückliche Aufnahme der absentes indefensi in das Edict liegt darin nicht. Die Weglassung der Partikel *item*, mit welcher die folgenden selbstständigen Fälle diesem ersten angereiht werden, scheint vielmehr auf das Gegentheil hinzuweisen.

Ganz ohne Bedeutung für unsere Frage ist der Gegensatz zwischen absens und latitans, welcher sich in mehreren Fragmenten findet.[2] Denn diesen stellen auch wir nicht in Abrede; nur das wird geläugnet, dass den absentes indefensi ein besonderer Edictsabschnitt gewidmet war.

Unzulässig ist es endlich, die Begünstigung des pupillus und dessen qui rei publicæ causa sine dolo malo abest,[3] als Ausnahme von der für die absentes indefensi aufgestellten Regel, mithin als Beweis einer vierten Klausel des Edicts geltend zu machen. Eine Ausnahme liegt in jener Untersagung des Verkaufs allerdings; aber die Regel, der sie angehört, ist nicht das Recht der Abwesenheit ohne Vertretung, sondern die fraudationis causa latitatio mit ihren Folgen. Der Pfleg-

---

trage wenig Auffallendes. Es ist nicht daran zu zweifeln, dass die Edictsabschnitte, wenigstens die erste Clausel QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITABIT, vollständig vorgelesen wurden, obgleich nur die Anfangsworte in der Schrift Aufnahme fanden. Unter dieser Voraussetzung war es unnöthig, den Zusatz: SI BONI VIRI ARBITRATU NON DEFENDETUR nochmals hervorzuheben. Er blieb aus der einmaligen Recitation hinlänglich im Gedächtniss, besonders da die beiden letzten Clauseln als augenscheinlich unanwendbar völlig übergangen worden waren.

1) III. § 78.

2) Fr. 2. § 2. Fr. 7. § 16. Quib. ex caus. in poss. eat.

3) Fr. 6. § 1. D. eod. Tabula heracleensis l. 42. 43.

hafte und der in Staatsdiensten Abwesende soll trotz absichtlichen Versteckes doch niemals als latitans und mit der gegen einen solchen vorgeschriebenen Strenge behandelt werden. Nur darf jener öffentliche Auftrag nicht selbst in betrügerischer Absicht ausgewirkt worden sein. Dieser Zusammenhang wird durch zwei Umstände bestätigt. Hätte es sich um eine Ausnahme von der Klausel QUI ABSENS NON DEFENDITUR gehandelt, warum wurden nicht auch die übrigen Begünstigten, der Kriegsgefangene, der Wahnsinnige, der Verschwender genannt?[4]) Warum beschränkte sich der Prätor auf die Hervorhebung des Pfleghaften oder des im Staatsdienste Abwesenden? — Zweitens aber diente gerade die vorliegende Bestimmung des Edicts über die *gefährdelose* Entfernung in öffentlichen Geschäften als Grundlage eines argumentum a contrario, mit dessen Hilfe man die Folgen der betrügerischen Abwesenheit zu bestimmen suchte.[5]) Wozu diese künstliche Argumentation, wenn das Recht der absentes indefensi durch eine ausdrückliche Klausel geordnet war?

6. Die Abwesenheit ohne Vertheidigung war wegen der damit verbundenen betrügerischen Absicht des Schuldners der latitatio fraudationis causa gleichgestellt worden. Nun aber konnte es Fälle geben, in welchen sich der Beklagte völlig schuldlos in jener Lage befand. Dahin gehört die Kriegsgefangenschaft.[1]) Dahin die nicht mit betrügerischer Absicht herbeigeführte Abwesenheit in Staatsgeschäften.[2]) Dahin sind ferner alle jene persönlichen Zustände zu rechnen, welche einen tutor verlangen, oder zu der Bestellung eines curator führen: das vormundschaftsbedürftige Alter,[3]) der Wahn-

[4]) Ueber diese §. 6. n. 1—6.

[5]) Fr. 6. § 1. in fine. Quib. ex caus. in poss. eat. Fr. 35. De reb. auct. iud. L. 4. C. de rest. mil. (II. 51.)

[1]) Fr. 6. § 2. Quib. ex caus. in poss. eat. Fr. 22. § 1. Fr. 39. § 1. De reb. auct. iud. Paulus R. S. lib. V. 56. § 2.

[2]) Fr. 6. § 1. Quib. ex caus. in poss. eat. L. 4. C. de restit. milit. (II. 51.)

[3]) Fr. 3. 5. 6. pr. § 1. Ex quib. caus. in poss. eat. Dieser Fall fehlender Vertheidigung ward in dem Edict besonders vorgesehen. Aus dem darauf bezüglichen Abschnitte sind uns folgende Theile erhalten: Fr. 5. § 2. c.

sinn,[4]) die Verschwendungssucht.[5]) In diesen Fällen wird sogar zwischen Abwesenheit und Gegenwart gar nicht unterschieden. Die Unfähigkeit, sich selbst zu vertheidigen, galt der Abwesenheit stets gleich.[6]) Alle diese Zustände nun wurden mit grösserer Schonung behandelt. Bis zu ihrer Hebung gestattete der Prätor keinen Verkauf.[7]) Der blosse Besitz dagegen schien zur Sicherung der Gläubiger auch hier gerechtfertigt. Von einem Zwang zur Einlassung konnte freilich die Rede nicht sein, und die Vertretung durch Dritte lag nicht in der Gewalt des Schuldners. Nichts desto weniger konnte es in einem Falle selbst zu dem Verkauf kommen. Der minor indefensus wurde dem fraudationis causa latitans völlig gleich behandelt, ohne Rücksicht darauf, ob er wirklich mit latitatio umgieng oder nicht.[8])

Ait prætor: SI IS PUPILLUS IN SUAM TUTELAM VENERIT, EAVE PUPILLA VIRIPOTENS FUERIT, ET RECTE DEFENDETUR, EOS, QUI BONA POSSIDENT, DE POSSESSIONE DECEDERE IUBEBO. Fr. 6. § 1. D. eod. ET EIUS, CUIUS BONA POSSESSA SUNT A CREDITORIBUS, VENEANT, PRÆTERQUAM PUPILLI ET EIUS QUI REIPUBLICÆ CAUSA SINE DOLO MALO ABFUERIT. Vgl. Fr. 39. pr. De bon. auct. iud. Paulus R. S. lib. V. 5. 6. § 1.

4) Fr. 7. § 9—11. Quib. ex caus. in poss. eat.

5) Fr. 7. § 12. D. eod.

6) Fr. 10. D. eod.

7) Fr. 6. § 2. Quib. ex caus. in poss. eat. Fr. 39. § 1. De reb. auct. iud. Paulus R. S. lib. V. 56. § 2. — Fr. 3. pr. Fr. 6. § 1. Quib. ex caus. in poss. eat. Fr. 33. pr. Fr. 39. pr. De reb. auct. iud. Paulus R. S. lib. V. 56. § 1. — Fr. 7. § 10—12. Quib. ex caus. in poss. eat. L. 4. C. de restitut. milit. (II. 51.) Vgl. L. 1. C. quib. ex caus. maior. (II. 54.) Dass in diesen Fällen auch keine Infamie eintritt, versteht sich von selbst, da diese eine Folge des Verkaufs und nicht des Besitzes ist; wird aber überdiess in der tab. heracleensis l. 42. 43. ausdrücklich bezeugt. — Der Vertrag muss jedoch in der Person des pupillus entstanden sein, um diese Begünstigungen zu geniessen. Fr. 3. Quib. ex caus. in poss. eat. Ist er in der Person des Vaters zur Entstehung gekommen, so kann alsobald zum Verkauf geschritten werden. Dem pupillus steht in diesem Falle das ius abstinendi zu. Macht er dasselbe geltend, so wird sich der Verkauf auf die bona patris beschränken. Fr. 6. pr. Fr. 28. De reb. auct. iud., und der etwaige Ueberschuss muss ihm zurückgegeben werden. Fr. 6. pr. Fr. 7. § 11. Quib. ex caus. in poss. eat. Die hier zusammengestellten Fälle des Besitzes ohne Verkauf rechtfertigen die Darstellung Ulpians in Fr. 21. § 2. Ex quib. caus. mai. (IV. 6.)

8) Fr. 5. De reb. auct. iud.

7. Dieselbe Interpretation, welche dem fraudationis causa latitans den absens indefensus gleichstellte, machte sich auch noch in einer andern Richtung geltend. Auch der *gegenwärtige* Schuldner konnte durch beharrliche Weigerung der Einlassung oder der zur Fortsetzung des Prozesses nothwendigen Mitwirkung die Durchführung der Klage unmöglich machen und das Recht des Gläubigers vereiteln. Dieser Widerstand trat in verschiedenen Stadien des Rechtsstreites zu Tage. Der Schuldner konnte den Abschluss des vadimonium verweigern und der in ius vocatio kein Gehör geben, oder das schon abgeschlossene vadimonium nicht einhalten. Er konnte aber auch vor dem Magistrat erscheinen, hier jedoch seine Mitwirkung verweigern, auf die interrogationes in iure nicht antworten, den Abschluss der Litiscontestation verhindern, die erforderlichen Sponsionen und Satisdationen nicht leisten, mit einem Worte, das iudicium nicht gehörig übernehmen. Hatte er aber auch diess Alles erfüllt, so blieb immer noch das Nichterscheinen vor dem iudex, und die Nichterfüllung des ergangenen Urtheilsspruches.

8. Gegen diese verschiedenen Aeusserungen des Ungehorsams kamen verschiedene Zwangsmittel zur Anwendung. Der in ius vocatio des Gläubigers wurde ursprünglich durch die strenge manus iniectio, später durch eine Pœnal-Klage gegen den Gerufenen[1]) Gehorsam erzwungen. Dasselbe Mittel nöthigte auch zu dem Abschluss des vadimonium. Denn die Verweigerung dieses letztern berechtigte stets zu der in ius vocatio,[2]) diese hinwieder zu jener Pœnalklage. Dennoch war der Gläubiger nicht hinlänglich gesichert. Die Durchführung jenes prätorischen Rechtsmittels konnte an einem ähnlichen

---

[1]) Gaius IV. § 46. tit. D. si quis in ius vocatus non ierit. (II. 5.)

[2]) Horatius satyr. 1. 9. 74. beweist die Anwendung der in ius vocatio in ihrer alten Strenge gegen einen hartnäckigen und widerspenstigen Beklagten noch zu einer Zeit, in welcher das Verfahren durch vadimonium schon die Regel bildete. Dass dasselbe auch späterhin stets der Fall war, beweist die Aufnahme der die in ius vocatio betreffenden Bestimmungen in die Digesten.

Ungehorsam des Schuldners scheitern und auch Gewalt nicht zum Ziele führen. Daher verstand man sich zur bonorum possessio et venditio. Wer dem Gläubiger die Einlassung verweigert, kann nicht mehr Schonung in Anspruch nehmen als wer sich versteckt hält oder ohne Vertretung entfernt.[3])

9. Die *Versäumniss des abgeschlossenen vadimonium* konnte sowohl dem Kläger als dem Beklagten zur Last fallen.[1]) Beiden nicht allein bei der ersten Einleitung des Verfahrens, sondern ebenso auch nach der Vertagung des Gerichts auf einen spätern Termin.[2]) Der desertor unterlag einer Strafforderung, welche auf diesen Fall verabredet worden war. Sie betrug in der Regel die Hälfte des Streitgegenstandes, konnte jedoch niemals die Summe von 100,000 H.S. übersteigen.[3]) Für die richtige Bezahlung dieses Strafgeldes wurden Bürgen bestellt, zuweilen Rekuperatoren angeordnet.[4]) So geeignet nun auch diese Mittel scheinen mochten, den Schuldner zur Einhaltung des Gerichtstages zu zwingen: so wenig Schutz gewährten sie im Falle der latitatio und der Abwesenheit ohne Vertretung. Hier wurde wieder durch die bonorum possessio et venditio geholfen. Aber in dieser Folge des vadimonium desertum liegt kein vierter selbstständiger Grund der prätorischen Mission. Nur wenn der desertor in eine der drei Kategorien des Edicts fiel, sich also z. B. latitatio zu Schulden kommen liess, nur dann konnte auch gegen ihn der Schutz des Edicts angerufen werden. Das vadimonium desertum als solches genügte so wenig als der blosse Beweis der Forderung. Diess Verhältniss tritt in der quinctiana deutlich hervor. Cicero ordnet

---

3) Fr. 52. De R. I. (L. 17.) Ulpianus libro XLIV ad edictum. Non defendere videtur, non tantum qui latitat, sed et is qui præsens negat se defendere aut non vult suscipere actionem. Diese Gleichstellung des die Einlassung Verweigernden mit dem latitans und die Vereinigung Beider in der Kategorie der indefensi kann sich nur auf das Contumacialverfahren beziehen.

1) Hollweg, Gerichtsverfassung. S. 287. 37.

2) Gaius IV. § 185.

3) Gaius IV. § 186.

4) Gaius IV. § 185.

hier seine gesammte Argumentation nach einem dreifachen Gesichtspunkt. Zuerst wird gezeigt, dass Nävius in seiner Person gar keinen Grund hatte, den Prätor um Mission anzugehen. Darauf folgt der Beweis, dass keiner der Edictsfälle vorlag, zuletzt, dass überhaupt nicht besessen wurde. Nach dieser Eintheilung gehörte die Versäumniss des vadimonium, hätte sie damals schon als selbstständiger Fall der Mission Aufnahme in das Edict gefunden, in den zweiten Abschnitt der ciceronianischen Darstellung. Sie steht jedoch in dem ersten und wird hier als persönliche Legitimation des Postulanten aufgefasst; zum deutlichen Beweis, dass das vadimonium desertum wie die Forderung selbst nur gegen den Latitanten und gegen die übrigen in das Edict aufgenommenen Personen geltend gemacht werden konnte. Späterhin änderte sich diess Verhältniss in so weit, dass das vadimonium desertum zum Inhalt eines besondern Edictsabschnittes gemacht wurde.[5]) Aber auch nach diesem genügte die Thatsache der Desertion allein nicht; der Prätor verlangte ausserdem die Unmöglichkeit, den Schuldner zu belangen. Nur gegen denjenigen Beklagten, welcher sich nach der Desertion nicht treffen liess, sollte die Klausel de vadimonio deserto angerufen werden können. Die Wichtigkeit dieser Aenderung lag hauptsächlich darin, dass von nun an nicht mehr die Latitation des desertor erforderlich war, sondern schon die Abwesenheit ohne Vertretung genügte; auch ist es dieser Umstand gerade, der in Ulpians Edicts-Commentar besonders hervorgehoben wird. War der Schuldner nicht abwesend, so konnte er von dem Gläubiger zu der Bezahlung der pœna desertionis angehalten werden. Eine missio wurde in diesem Falle nicht ertheilt.

10. An das vadimonium desertum schliesst sich die Weigerung der gehörigen Uebernahme des iudicium an. Diese

---

[5]) Fr. 2. pr. Quib. ex caus. in poss. eat. Prætor ait: IN BONA EIUS, QUI IUDICIO SISTENDI CAUSA FIDEIUSSOREM DEDIT, SI NEQUE POTESTATEM SUI FACIET, NEQUE DEFENDETUR, IRI IUBEBO. Der Ausdruck IUDICIO deutet auf Interpolation, mit welcher die Lehre vom vadimonium nicht verschont blieb. Vgl. Hollweg S. 285. 28.

wird der fehlenden Defension gleichgeachtet und führt, wie sie, zu der prätorischen Einweisung. Schon in der Prozessordnung für das cisalpinische Gallien ist diess Verfahren vorgeschrieben.[1])

Anders verhält es sich mit der Weigerung des Beklagten, vor dem iudex zur Fortsetzung des Prozesses zu erscheinen. Dadurch wird das Recht des Klägers nicht beeinträchtigt. Nach der Litiscontestation ist die Mitwirkung des Beklagten nicht weiter erforderlich. Die Verurtheilung kann auch in dessen Abwesenheit erfolgen.[2]) Zu einem Zwang durch prätorische Mission war hier keine Veranlassung.

11. Unter die Erfordernisse einer vollständigen Defension gehört endlich die Erfüllung des Urtheils.[1]) Wer mit dieser säumt, wird nach Ablauf des tempus iudicati durch Einweisung des siegreichen Klägers in den Besitz gemahnt.[2]) Dasselbe gilt von der confessio in iure.[3]) So bildet die Mission in das Vermögen des iudicatus oder confessus den Schlusspunkt einer Entwicklung, welche das Recht der latitatio fraudationis causa zu dem allgemeinen Contumacialverfahren für

---

[1]) Lex galliæ cisalp. C. XXII. nennt folgende Fälle des Ungehorsams: (si) neque de ea re satis, uti oportebit, faciet, aut, si sponsionem fieri oportebit, sponsionem non faciet, non restituet, neque se iudicio, uti oportebit, defendet, aut si de ea re in iure nil responderit, neque de ea re se iudicio, uti oportebit, defendet; und bestimmt für dieselben folgendes Verfahren: prætor — in eum et in heredem eius de ea re omnibus ita ius dicito, decernito, *eosque duci, bona eorum possideri proscribive venireque iubeto*, ac si is heresve eius de ea re in iure apud eum prætorem — confessus esset aut de ea re nihil respondisset, neque se iudicio, uti oportuisset, defendisset. Vgl. L. 3. C. de procur. (II. 13.)

[2]) Vgl. Hollweg. S. 285. 286.

[1]) Fr. 63. De iudic. (V. 1.)

[2]) Gaius III. § 77. Vgl. L. 3. C. qui pot. (VIII. 18.) Höchst zweifelhaft scheint mir die Behauptung Stiebers a. a. O. S. 47. 48., wonach die Mission auch in allen denjenigen Fällen zur Anwendung kommen konnte, in welchen die manus iniectio pro iudicato zugelassen worden war. Gaius IV. § 22. Von der manus iniectio gilt kein nothwendiger Schluss auf die bonorum possessio et venditio, und unsere Quellen beschränken sich auf die Hervorhebung des iudicatus.

[3]) Lex galliæ cisalp. C. XXII.

alle Stadien des Prozesses erhob. Für die Anwendung desselben war es gleichgiltig, ob der Beklagte sich selbst oder eine seiner Gewalt unterworfene Person zu vertreten versäumte. Diese beiden Fälle unterscheiden sich bloss durch den Umfang der erforderlichen Defension. Der erste verlangte eine Vertretung in solidum, der zweite nur bis zum Betrag des peculium.[4]) Eine besondere Bestimmung enthielt das prätorische Edict für den Fall der freiwilligen Unterwerfung des Schuldners unter fremde Gewalt. Die Wirkung der eingetretenen capitis deminutio wurde durch Fiction aufgehoben, der Gewalthaber zur Vertretung in solidum angehalten und auf den Unterlassungsfall Einweisung in das gesammte Vermögen des Unterworfenen versprochen.[5]) In dieser Bestimmung liegt nicht sowohl ein neuer selbstständiger Grund der Mission als vielmehr eine einzelne Anwendung des für die fehlende Defension geltenden Rechtsprinzips.

19. Wir haben uns bisher ausschliesslich mit der Entwicklung der ersten jener drei Edicts-Klauseln, über die latitatio fraudationis causa, beschäftigt. Die beiden andern gelangten nie zu einer ähnlichen Bedeutung. Das alte Exil verlor alle Anwendung. Der Verkauf des Nachlasses blieb zwar fortwährend in Uebung; ja die Fälle desselben mehrten sich. Er konnte nun auch trotz der Erbschaftsantretung zur Anwendung kommen, so oft entweder Erbschaftsgläubiger, Legatare, ausnahmsweise selbst die Creditoren der Erben Separation verlangten,[1]) oder der Erbe die ihm durch prätorisches Dekret auferlegte Caution zu leisten sich weigerte.[2]) Dennoch aber wurde der Edicts-Abschnitt über das erblose Versterben der Aufnahme in die iustinianischen Rechtsbücher nicht gewürdigt. Die Compilatoren begnügten sich mit der Namhaft-

---

[4]) Vgl. Fr. 7. § 15. Quib. ex caus. in poss. eat.
[5]) Gaius III. § 84. IV. § 80.
[1]) Fr. 1. § 1. Fr. 5. Fr. 6. pr. — Fr. 1 §§ 5. 6. De separat. (XLII. 6.)
[2]) Fr. 31. § 3. De reb. auct. iud. Fr. 4. pr. De separat. Vgl. Gaius IV. § 102.

machung einzelner Fälle, in welchen das Verhältniss der Deliberationsfrist zu dem Rechte der Einweisung hervortritt.[3])

13. In allen diesen Fällen lässt sich die eigentliche Bestimmung der prätorischen Mission nicht verkennen. Mag sie das Vermögen eines Lebenden oder den Nachlass eines Verstorbenen betreffen, überall dient sie als Zwangsmittel zur Einlassung oder Vertretung. Dieser Natur entsprechen die einzelnen Bestimmungen über das Verfahren. Der Prätor beobachtet eine gewisse Stufenfolge in der Durchführung des Zwanges. Die Schonung, mit welcher er in dem ersten Dekrete gegen den Schuldner auftritt, würde sich bei fortgesetztem Ungehorsam nicht weiter rechtfertigen lassen.[1]) Nach dreissig Tagen wirklichen Besitzes[2]) (fünfzehn, wenn der Nachlass eines Verstorbenen zu verkaufen) wird den Creditoren, welche sich in Folge der erlassenen Proscription dem Concurse angeschlossen haben, die Wahl eines magister aus ihrer Mitte gestattet und diesem die Besorgung des Verkaufs übertragen. Von jetzt an steht dem Schuldner keine Rückkehr zur Vertheidigung mehr offen.[3]) Nur durch die Tilgung der Forderung kann der äusserste Schritt abgewendet werden. Der Zuschlag des Vermögens erfolgt nach Ablauf einer gleichen Frist von dreissig

---

3) Fr. 8. 9. Quib. ex caus. in poss. eat. Vgl. Gaius II. § 167. — L. 5. 6. De bon. auct. iud. possid. (VII. 72.) L. un. C. ne pro dote mulieris bona mariti (V. 22.) — Fr. 4. De reb. auct. iud. Fr. 1. pr. De curatore bonis dando (XLII. 7.) Diese Stellen liefern den Commentar zu den Worten des Gaius III. § 78. mortuorum bona veneunt, velut eorum, quibus *certum est* neque heredes, neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem (fiscus L. 5. C. c.) existere.

1) Fr. 1. § 2. Quod cuiusque universit. nomine (III. 4.) Quodsi nemo eos (sc. mancipes) defendat, quod eorum commune erit possideri, *et si admoniti non excitantur ad sui defensionem*, venire se iussurum, proconsul ait. — — Fr. 21. § 2. Ex quib. caus. mai. (IV. 6.) — — prætor ex edicto pollicetur in bona mittere, ut, *si res exegerit*, etiam distrahantur. —

2) Die Einweisung für sich genügt nicht. Gaius III. § 79. Darauf bezieht sich Fr. 13. De reb. auct. iud. Darauf auch der Beweis Ciceros: Nævium bona Quinctii non possedisse. (c. 10. 29.)

3) Diess wird unten besonders dargethan werden, da es den gewöhnlichen Ansichten nicht entspricht. S. den Abschnitt über die Uebertragung des Pfandbegriffs auf die Missionen. § 8.

oder fünfzehn[4]) Tagen an den Meistbietenden. Er geht von dem magister, nicht von dem prætor aus.[5]) Diese Addiction bringt den Schuldner um Vermögen und Ehre;[6]) seine ganze bürgerliche Existenz ist mit einem Male vernichtet. Er sieht sich bei Lebzeiten von dem bonorum emptor beerbt,[7]) und aus dem Mitbesitz seines Vermögens, der ihm wenigstens während jener LX Tage gelassen worden war, verdrängt.[8]) Die Strenge dieses Verfahrens wurde in einigen Fällen durch die Verzögerung des Verkaufs gemildert. Gegen diejenigen, welche sich ohne ihre Schuld in einer Lage befanden, die dem Gläubiger in der Regel Anspruch auf die bonorum possessio et venditio gab, blieb es einstweilen bei der einfachen Mission, öfters in Verbindung mit der Aufstellung eines curator bonorum.[9]) Zu dem Verkaufe konnte erst nach der Beendigung des jenes Hinderniss begründenden Zustandes geschritten werden.[10]) Als Fälle dieser Art sind schon im Laufe unserer frühern Dar-

4) Die Handschrift des Gaius III. § 79. zeigt die Ziffer XX; doch wird hier mit Recht ein Irrthum vermuthet.

5) Ueber die Einzelnheiten des Verfahrens sehe man meine Recension der Kellerschen Semestria a. a. O. S. 986—992.

6) Die Infamie tritt erst mit dem durch die Addiction vollendeten Verkauf des Vermögens ein. Gaius II. § 154. IV. § 102. Tab. heracleens. l. 117. sqq. Doch ist diess sehr bestritten. S. meine Récension a. a. O. S. 992—998.

7) Gaius III. §§ 77—80.

8) Fr. 3. § 23. De aquir. vel omitt. poss. (XLI. 2.) Es ist kein Grund vorhanden, anzunehmen, dass das Recht der custodia und observatio mit dem Ablauf der ersten XXX Tage zu dem civilen Besitzrechte erweitert wurde. Aus dem hierher gehörigen Edictsabschnitt findet sich bei Cicero (pro Quinctio c. 27.) Folgendes: QUI EX EDICTO MEO IN POSSESSIONEM VENIERINT, EOS ITA VIDETUR IN POSSESSIONE ESSE OPORTERE: QUOD IBIDEM RECTE CUSTODIRE POTERUNT, ID IBIDEM CUSTODIANT. QUOD NON POTERUNT ID AUFERRE ET ABDUCERE LICEBIT. DOMINUM INVITUM DETRUDERE NON PLACET.

9) Fr. 6. § 2. Fr. 8. Quib ex caus. in poss. eat. Fr. 22. § 1. De reb. auct. iud. Fr. 1. § 4. De muner. et honor. (L. 4.) tit. D. de curatore bonis dando (XLII. 7.) Die einzelnen Fälle werden von Cuiacius in seinem Commentar zu dem Titel: De ventre in possessionem mittendo (opp. t. VIII. p. 118.) zusammengestellt.

10) Daher ist anzunehmen, dass auch die Proscription bis zu dieser Zeit verschoben blieb, obgleich sie in der Regel sofort mit der Einweisung, nicht etwa erst nach Ablauf der ersten dreissig Tage ihren Anfang nahm. Gaius III. § 79. Vgl. Keller a. a. O. S. 70.

stellung der in feindliche Gefangenschaft gerathene, der in Staatsdiensten abwesende Römer, ferner der Pupill und die der Curatel bedürftigen Personen mit Ausnahme des Minderjährigen namhaft gemacht worden.[11]) Aus besondern Gründen wird jedoch auch hier der Verkauf einzelner Sachen,[12]) zuweilen sogar des ganzen Vermögens[13]) gestattet.

14. Die Idee des indirecten Zwanges, welche der missio rei servandæ causa in allen ihren Anwendungen zu Grunde liegt, gehört ursprünglich dem Civilrechte an. Auf ihr beruht die strenge Urtheilsexecution durch manus iniectio, duci iubere, Fesselung und Verkauf. Nur die Mittel des Zwanges sind in beiden Systemen, dem civilen und dem prätorischen verschieden. An die Stelle der Person tritt das Vermögen; statt der leiblichen wird die bürgerliche Existenz vernichtet. Im übrigen zeigt das Verfahren in beiden Fällen die vollkommenste Uebereinstimmung, die Fristen sind dieselben, Einleitung und Ausgang völlig entsprechend, kurz die prätorische Mission stellt sich in allen Theilen als eine Copie der civilen Urtheilsexecution dar. Diese Thatsache ist von hoher Bedeutung. In ihr liegt der Schlüssel zum Verständniss der ganzen Missionstheorie. *Der indefensus wird als damnatus behandelt.*[1]) Daher die Wahl der Mission zum Zwangsmittel; daher die Ausdehnung desselben auf das ganze Vermögen, so

[11]) Wenn Paulus in Fr. 14. §. 2. Quib. ex caus. in poss. eat. sagt: Creditor autem conditionalis in possessionem non mittitur, quia *is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere*, so zeigt schon die Verbindung, dass keine ausnahmslose Regel aufgestellt werden sollte.

[12]) Fr. 7 § 10. c. Fr. 33. pr. Fr. 39. pr. De reb. auct. iud. Paulus R. S. lib. V. 5. b. § 1.

[13]) Fr. 7. § 11. Quib. ex caus. in poss. eat.

[1]) Diess Princip wird in der lex galliæ cisalpinæ c. XXI. bestimmt ausgesprochen: A quocunque pecunia certa credita signatæ forma publica populi romani — petetur — si is eam pecuniam in iure apud eum, qui ibi iuri dicundo præerit, ei qui eam petet, dare oportere debereve se confessus erit, neque id quod confessus erit solvet satisve faciet, aut se sponsione iudicioque utive oportebit non defendet sive is ibi de ea re in iure non responderit, neque de ea re sponsionem faciet, neque iudicio uti oportebit, se defendet, tum de eo, a quo ea pecunia petita erit, deque eo, cui eam pecuniam dare oportebit, siremsres lex ius causaque — esto, *atque uti esset — si is — ex iudiciis datis iudicareve recte iussis, iure lege damnatus esset fuisset.*

weit dieses die Detention zulässt;[2]) daher der Mitbesitz des Schuldners; daher endlich der Verkauf und die Universalsuccession des bonorum emtor.

15. Späterhin freilich wurde dieser Zusammenhang in einzelnen Punkten verlassen. Das Vorbild der civilen Urtheilsexecution hatte zu dem Verkauf des ganzen Vermögens nach Prozenten, und zu der Annahme der Universalsuccession geführt. Jetzt wurde zuerst in einem gesetzlich bestimmten Falle, dann ganz allgemein eine Veräusserung im Einzelnen (distractio im Gegensatz zu venditio[1])) zugelassen; die Universalsuccession fiel damit von selbst weg.[2]) Man gieng noch weiter. Das Vermögen musste der Mission gegenüber nicht weniger untheilbar sein, als bei dem duci iubere die Person

---

[2]) Cicero pro Quinctio c. XXIX. Omnino autem bona possessa non esse constitui: quod bonorum possessio spectetur non in aliqua parte, sed in universis, *quæ teneri ac possideri possint*. Der Verkauf begreift auch die unkörperlichen Sachen, die Rechte und Forderungen.

[1]) Fr. 9. De curat. fur. (XXVII. 10.)

[2]) Die Personen senatorischen Ranges wurden dadurch von der Infamie gerettet, dass ihre Güter, wenn es die Gläubiger zufrieden waren, einem curator übergeben, und von diesem im Einzelnen verkauft werden konnten. Fr. 5. 9. De curat. fur. (XXVII. 10.) Fr. 4. De curat. bon. dand. (XLII. 7.) und hiezu Fr. 25. § 7. Quæ in fraud. credit. (XLII. 8.) Es kann nicht wohl bezweifelt werden, dass dies Recht späterhin das Gemeingut aller Stände wurde; freilich war der Schuldner auch hier von dem Willen seiner Gläubiger abhängig. Fr. 5. De cur. bonis: privato consilio. Die in den Titel de curatore bonis dando aufgenommenen Fragmente sprechen ganz allgemein, ohne die mindeste Beschränkung. Ebenso Fr. 9. § 3. De reb. auct. iud. Eine solche distractio ist auch in den Fällen anzunehmen, welche von der Herausgabe des Ueberschusses an den Schuldner reden. Fr. 7. § 11. Quib. ex caus. in poss. eat. Fr. 6. pr. De reb. auct. iud. Fr. 45. § 12. De iure fisci. (XLIX. 14.) L. 10. § 2. C. de bon. auct. iud. (VII. 72.) Die bonorum emptio dagegen wird in Fr. 29. De reb. auct. iud. L. 6. 9. C. de bon. auct. iud. (VII. 72.) L. 4. C. qui bon. ced. poss. (VII. 71.) vorausgesetzt. — Aus der Zeit nach Diocletian finden sich keine Beispiele der bonorum venditio mehr; diess stimmt mit der von Theophilus ad pr. I. de succ. subl. (III. 12.) gegebenen Nachricht überein. Justinian erwähnt neben der distractio auch noch einer divisio bonorum § 1. I. de her. qual. (II. 19.) Diese war jedoch gewiss nur als Ausnahme zugelassen, da sie in andern Stellen als ungiltig verworfen wird. L. 4. C. qui bon. ceder. (VII. 71.) L. 6. C. de bon. auct. iud. (VII. 72.) Weitere Aenderungen des alten Verfahrens führte Justinian in L. 10. C. de bon. auct. iud. (VII. 72.) ein.

des Schuldners, und doch trug man kein Bedenken, auch den Besitz einzelner Sachen zu übertragen. Zur Zeit der classischen Juristen war diess sogar das gewöhnliche Verfahren bei allen in rem actiones im Fall einer Nichtleistung der erforderlichen Sponsionen oder Satisdationen,[3]) ebenso wenn der Beklagte auf die an ihn gerichtete Frage, ob er besitze? den Besitz ganz oder theilweise abläugnete, oder gar nicht antwortete,[4]) nach einem Gesetze Constantins, wenn der Eigenthümer, in dessen Namen ein Dritter besass, nach dreimaliger Aufforderung den Prozess nicht übernehmen wollte,[5]) endlich zufolge Nov. 18. C. 10 (Auth. Possessor C. qui potiores), wenn der Beklagte das gegnerische Eigenthum zuerst abläugnete und sich nach dem Beweise desselben auf ein Pfandrecht oder ein anderes dingliches Recht berief. In den drei letzten Fällen wurde eine einfache Mission ertheilt und diese mit dem interdictum ne vis fiat geschützt;[6]) in dem ersten dagegen kamen

---

[3]) Auf diese translatio possessionis bei den in rem actiones beziehen sich folgende Stellen: allgemein Fr. 40. § 2. De proc. et defens. (III. 3.) — bei der rei vindicatio: L. un. C. uti possidetis (VIII. 6.) Fr. 80. De R. V. (VI. 1.) — bei der usufructus vindicatio: Fr. vat. §§ 92. 93. Fr. 60. § 1, De usufr. (VII. 1.) — bei der confessoria: Fr. 15. De O. N. N. (XXXIX. 1.) Fr. 45. De damno inf. (XXXIX. 2.) — bei der negatoria: Fr. 15. De O. N. N. — bei der hereditatis petitio: Paulus R. S. lib. I. t. 11. § 1. Ueber diesen letzten Fall wird unten bei der missio ex carboniano besonders gesprochen werden, ebenso über die Anwendung der Caution bei der operis novi nuntiatio. — Ueber die Pfandklage sind uns keine bestimmte Zeugnisse erhalten. Für sie bleibt es also bei der Regel, welche in Bezug auf die in rem actiones im Allgemeinen an mehreren Orten ausgesprochen wird. Lex galliæ cisalpinæ c. XXII. Fr. 7. § 16. Quib. ex caus. Fr. 18. Si serv. (VIII. 5.) Ueber diesen Gegenstand ist Cuiacius libro IX ad Africanum Fr. 15. De op. nov. nunt. (opp. t. 1. p. 1517. 1518.) und Rudorff, das interdictum quem fundum in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. IX. 2. zu vergleichen.

[4]) Fr. 20. § 1. De interrog. in iure fac. (XI. 1.)

[5]) Fr. 9. pr. De rei vind. (VI. 1.) für das frühere Recht; für das spätere L. 2. C. ubi in rem actio. Vgl. L. 8. § 5. De delat. (X. 11.) S. Rudorff, das interdictum quem fundum, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. IX. S. 48.

[6]) Fr. 20. § 1. c. in possessionem actor mittatur. L. 2. C. c. iudex — negotium summatim discutiens, in possessionem rerum actorem mitti non differet. — Nov. 18. c. 10. etiam durante adhuc lite in actorem possessio rerum, de quibus quæstio est, transferatur — pœna in sola translatione

die restitutorischen Interdicte Quem fundum, Quam hereditatem zur Anwendung.[7]) In welcher Form aber auch diese Uebertragung bewirkt wurde, niemals führte sie zum Verkauf. Ihr Ausgang war ein ganz anderer. Der Ungehorsam des Beklagten wurde mit dem Wechsel der Partheirollen und der Beweislast bestraft. Eine ähnliche Milderung der alten Strenge trat zu Gunsten des iudicatus und confessus ein. Das Urtheil wurde zur Zeit der classischen Juristen regelmässig durch pignoris captio, nicht mehr durch Verkauf des ganzen Vermögens vollzogen.

Die letzte Abweichung von dem ursprünglichen Gesichtspunkt liegt in der Trennung von possessio und venditio. Die Universalmission musste mit dem Verkauf des Vermögens enden wie die Fesselung mit der Veräusserung der Person. Ja dieser Zusammenhang war so nothwendig, dass Cicero (pro Quinctio C. 23. 26. 29) die Unterlassung des Verkaufs zur Widerlegung des Besitzes geltend machen konnte. Aber auch diess galt jetzt nicht mehr als unumstössliche Regel. Schon oben wurden Fälle namhaft gemacht, in welchen trotz der Unmöglichkeit des Verkaufs die bonorum possessio dennoch zur Anwendung kam. Diesen schliessen sich die Missionen zur Sicherung der Vermächtnissnehmer an, welche nun im Einzelnen betrachtet werden sollen.

16. B. DIE MISSIONEN DER VERMÆCHTNISSNEHMER.[1])

Die missio rei servandæ causa dient als Zwangsmittel zur Durchführung der actio. Bei den prätorischen Stipulationen, welche das Edict in gewissen Fällen statt der Actionen auf-

---

possessionis consistente. Wenn auch diese Worte der Mission nicht ausdrücklich gedenken, so ist doch in Justinians Zeitalter keine andere species inducendi in possessionem (Venuleius) zu denken. Uebrigens spricht auch Diocletian in L. 7. C. quomodo et quando (VII. 45.) von possessionem bonorum transferre, wo entschieden nur an eine Mission gedacht werden kann.

7) Darüber Rudorff a. a. O.

1) Schriften: Cuiacius in librum XXVIII quæstionum Papiniani. opp. t. IV. p. 707—719. Glück, Erläuterung. B. XVIII. S. 259. ff. Schneider, de cau-

stellt,[2]) findet sie keine Anwendung. Und doch war auch hier ein Zwangsmittel zur Einlassung unentbehrlich. Dem guten Willen des Schuldners konnte der Abschluss der geforderten Stipulation und die Bekräftigung derselben durch Bürgen ebensowenig anheim gegeben werden, als die Vertheidigung gegen die Klage. Die Mittel, welche hier zur Anwendung kamen, sind in den einzelnen Fällen verschieden. Die cautio de rato ist eine Vorbedingung der Klage; diess Verhältniss macht jeden weitern Zwang entbehrlich.[3]) — Für die Bestellung der cautio rem pupilli salvam fore wird durch pignoris captio,[4]) bei fortgesetzter Weigerung durch Remotion mit Infamie gesorgt.[5]) — Auf der Weigerung des Abschlusses gewisser im ädilicischen Edicte vorgeschriebener Cautionen steht die actio

---

tione legatorum ex die relictorum. Westphal, von Vermächtnissen. Th. II. S. 653. ff. Rosshirt, die Lehre von den Vermächtnissen. B. I. S. 509. ff. Zimmern, Rechtsgeschichte. B. III. S. 264.

2) Ueber die Bestimmung und die Natur der prætoriæ stipulationes cautionales sprechen folgende Stellen: § 2. I. de divis. stipulat. (III. 17.) tit. D. de stipulationibus prætoriis (XLVI. 4.), besonders Fr. 1. § 2. *Cautionales* autem sunt, quæ *instar actionis habent et ut sit nova actio intercedunt*, ut de legatis stipulationes, et de tutela, et ratam rem haberi et damni infecti. Fr. 5. pr. Fr. 52. pr. De verb. obl. (XLV. 1.) Einzelne Folgen dieser Gleichstellung enthalten Fr. 10. § 3. De compensat. (XVI. 2.) Fr. 20. Ratam rem haberi (XLVI. 8.) und dazu Fr. 3. § 2. Ut in possess. legat. (XXXVI. 4.) Fr. 39. § 3. De damno inf. (XXXIX. 2.) Ueber die Bezeichnung der stipulationes prætoriæ als actiones: Fr. 37. De obl. et act. (XLIV. 7.) Fr. 3. § 2. Fr. 11. § 3. De aqua. (XXXIX. 3.) Vgl. Fr. 57. § 1. De V. S. (L. 16.) und dazu Cuiacius obss. XXIV. c. 19., welcher diese Stelle in einem andern Zusammenhang auffasst.

3) Man kann auf diesen Fall anwenden, was Julian von der Caution bei dem legatum pecuniæ numeratæ sagt: Fr. 6. pr. Ut in poss. — — Et propemodum in hac propositione nullæ prætoris erunt partes, quia, nisi satisdetur, agi cum herede non poterit.

4) L. 1. 2. C. de tut. vel curat. qui sat. non dat. (V. 42.) Dirksen civilist. Abhandlungen Bd. II. S. 455. — Ueber den Fall wenn der Haussohn zum Vormund ernannt ist, und der Vater nicht cavirt Fr. 15. § 17. De excusation. (XXVII. 1.)

5) § 3. I. de satisdat. tut. (I. 24.) Diese pignoris captio stand auch den magistratus municipales zu Gebot. Fr. 29. § 7. Ad leg. aquil. (IX. 2.) Vgl. Fr. 3. §. 1. De reb. eor. (XXVII. 9.) Daneben war wohl auch das Recht der mulcta anwendbar; denn dieses steht den Magistraten ganz allgemein zu. Fr. 131. § 1. De V. S. Fr. 1. §§ 1. 2. De via publ. (XLIII. 10.)

ad redhibendum oder quanti minoris.[6]) — Die damni infecti cautio wird durch Einweisung in das schadendrohende Grundstück erzwungen. Für den Fall des vor geleisteter Caution erfolgten Schadens finden wir die Fiction des abgeschlossenen Versprechens.[7])

17. Ein ähnliches Verfahren wird gegen den Erben eingeschlagen, wenn dieser die zur Sicherung der Vermächtnissnahme vorgeschriebene Caution zu leisten sich weigert. Der Prätor verspricht dem Honorirten die Mission in den gesammten Nachlass. Der hierauf bezügliche Edictsabschnitt ist nicht erhalten.[1]) Dennoch lässt sich aus unsern Pandekten-Fragmenten[2]) ein deutliches Bild seines ursprünglichen Inhalts und der durch die Interpretation der Juristen, so wie durch kaiserliche Rescripte[3]) herbeigeführten Erweiterungen derselben gewinnen.

Das Edict selbst zerfiel in drei Theile. Der erste enthielt die Bedingungen der Cautionspflicht, der zweite die Stipulations-Formel; in dem dritten waren die Folgen der verweigerten Sicherheitsleistung festgesetzt. Auf diesen dreifachen Gesichtspunkt lässt sich das ganze Detail unserer Quellen zurückführen.

18. I. Der Eintritt der Cautionspflicht war an eine dreifache Bedingung geknüpft. Er setzte einen civilen Erben als

---

6) Fr. 28. De ædil. ed. (XXI. 1.) Kein besonderes Zwangsmittel ist in dem Fall des Fr. 21. § 1. D. eod. erforderlich.

7) Lex galliæ cisalp. Col. I. l. 20—40. Ein ähnlicher Fall ist in Fr. 4. § 3. Ne vis fiat (XLIII. 4.) enthalten.

1) Das Edict selbst wird öfters genannt. Fr. 5. § 1. Ut leg. Fr. 1. §§ 1. 4. Fr. 12. Ut in poss.

2) Titt. D. ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur. (XXXVI. 3.) Ut in possessione legatorum vel fideicommissorum causa esse liceat. (XXXVI. 4.) Ueberdiess tit. C. ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa mittatur, et quando satisdari debeat. (VI. 54.)

3) Fr. § 1. Ut legat.

onerirt,[1]) einen civilen Vermächtnissnehmer als honorirt[2]) und eine Bedingung oder Zeitbestimmung als Grund der Klagesuspension[3]) voraus. Hieran knüpfte die Interpretation der Juristen verschiedene Erweiterungen. Als cautionspflichtig werden neben dem Testamentserben, gleichviel übrigens ob institutus oder substitutus,[4]) ob ex asse oder pro parte,[5]) auch alle übrigen Universal-Successoren genannt,[6]) insbesondere die prätorischen;[7]) ferner diejenigen, welche durch Vermittlung der ihrer Gewalt unterworfenen Personen eine Erbschaft erwerben;[8]) ebenso jene, welche zwar in einem letzten Willen berufen sind, aber es vorziehen, ihr Intestaterbrecht geltend zu machen;[9]) endlich auch die Fideicommissar-Erben des trebellianischen Senatsbeschlusses.[10]) Selbst hiebei blieb man nicht stehen. Als späterhin die Fideicommisse auch in Beziehung auf die cautio prætoria den Legaten gleichgestellt wurden, trat der heres ab intestato,[11]) ja selbst der Legatar[12]) in die Reihe der

1) Fr. 5. § 13. Ut in poss. Fr. 1. §§ 1. 2. 6. 11. 12. 17. Fr. 2. Fr. 5. pr. Fr. 7. Fr. 10. Fr. 16. Fr. 17. Ut legat.

2) Fr. 1. pr. §§ 3. 6. 10. 11. Ut legat. Fr. 3. § 2. Fr. 5. §§ 2. 3. 5. 12. 22. Fr. 7. Fr. 8. Fr. 14. Fr. 15. Ut in poss.

3) Fr. 1. pr. §§ 11 in fine. 14. 17. 20. in. Fr. 5. pr. §§ 1. 2. Fr. 7. Fr. 8. Fr. 10. Fr. 14. pr. Ut legat. Fr. 11. pr. Ut in poss. L. 8. C. ut in poss. Fr. 96. § 3. De leg. I.

4) Fr. 1. 12. Ut legat. Fr. 5. § 12. Ut in poss.

5) Fr. 96. § 3. De leg. I. Fr. 5. § 11. Ut in poss. Fr. 1. § 12. Ut legat.

6) Fr. 5. § 13. Ut in poss. — — Si heres non sit — sed alterius nominis successor —.

7) Fr. 1. § 8. Ut legat.

8) Fr. 1. § 8. c.

9) Fr. 13. Ut. legat. Vgl. Fr. 18. Si qui omissa. (XXIX. 4.)

10) Fr. 1. §§ 7. 19. Fr. 4. Fr. 15. § 1. Ut legat. Fr. 8. Ut in poss. Fr. 114. § 12. De legat. I. Aus der Vergleichung dieser Stellen ergeben sich folgende einzelne Bestimmungen: der Fideicommissar braucht nicht eher zu caviren, als bis ihm wirklich restituirt ist. Fr. 1. § 7. Fr. 4. cc. Der Fiduciar dagegen ist nach der Restitution nicht cautionspflichtig. Fr. 15. §. 1. c. Eine Ausnahme tritt dann ein, wenn das Fideicommiss nur ein particlles ist. Fr. 15. § 1. c. In diesem Falle cavirt auch der Fiduciar; die mit ihm abgeschlossene Stipulation begründet alsdann nothwendig eine Haftbarkeit in solidum, die Legate werden ja ipso iure in solidum geschuldet. Daher tritt nach der Regel des Fr. 36. Ad S. C. treb. (XXXVI. 1.) für den Fideicommissar die Pflicht der Exoneration des Fiduciars ein. Fr. 1 § 19. c.

11) Fr. 15. § 2. Ut legat.

12) Fr. 5. §§ 29. 30. Ut in poss.

Verpflichteten ein. Die Cautionspflicht geht übrigens wie eine Klage auf die Successoren über[13]) und erstreckt sich auch auf juristische Personen, insbesondere Municipien.[14])

19. Wenig Beachtung hat bis jetzt die Frage gefunden, von welchem Augenblicke an der Erbe zu der Cautionsleistung genöthigt werden kann? Hierüber enthalten unsere Quellen[1]) folgende Bestimmungen: der Prätor ertheilt die stipulatio legatorum nicht erst nach dem Erwerb der Erbschaft, sondern schon vorher; hier jedoch mit Ausnahme von zwei Fällen. Ist nämlich entweder entschieden ausgeschlagen oder entschieden noch nicht erworben, so wird der Legatar mit seinem Gesuche abgewiesen. Gehör findet er also gegen jeden Erben, welcher sich weder auf den einen noch den andern jener Ausnahmefälle beruft; also besonders gegen denjenigen, welchem die Erbschaft noch nicht deferirt ist, z. B. gegen den bedingungsweise Eingesetzten vor der Erfüllung der Bedingung. Denn bis zum Augenblick der Delation hat weder die repudiatio noch die aditio hereditatis die mindeste Rechtsbeständigkeit. Der Erbe wird durch seine vor erfüllter Bedingung gegebene Erklärung nicht gebunden;[2]) er kann sich daher auch dem Legatar gegenüber niemals auf dieselbe berufen. Das Resultat geht dahin: der Legatar kann *zu allen Zeiten* die Caution verlangen; abgewiesen wird er nur dann, wenn der Erbe nach eingetretener Delation entweder ausgeschlagen oder noch nicht angetreten hat. Der Beweis dieser Befreiungsgründe ist von dem Beklagten zu leisten.[3]) Nach denselben Grundsätzen wird auch der Legatar in Beziehung auf ein ihm auferlegtes Fideicommiss behandelt. Für dieses muss schon vor erfüllter conditio legati Caution geleistet werden.[4])

---

13) Fr. 1. § 6. Ut legat.

14) Fr. 12. Ut in poss.

1) Fr. 1. § 4. Fr. 2. Ut in poss. Vgl. Fr. 10. Fr. 14. § 1. Ut legat.

2) Fr. 13. pr. Fr. 18. De acquir. vel omitt. hered. (XXIX. 2.)

3) Der Legatar kann sich unter allen Umständen durch die Production der Testamentsurkunde legitimiren. Fr. 5. § 2. Ut legat.

4) Fr. 5. § 30. Ut in poss. Fr. 15. § 2. Fr. 41. § 14. De leg. III. (XXXII. 1.)

20. Die vorgetragenen Grundsätze enthalten die Entscheidung zweier Fragen, welche trotz ihrer Wichtigkeit nur selten beantwortet werden. Es ergiebt sich nämlich, dass der heres substitutus den Legatar niemals an den institutus verweisen kann. Die Substitution ist ja eine bedingte Einsetzung. Zweitens zeigt sich die Unhaltbarkeit der Behauptung, welche die Cautionspflicht von dem Besitz der Erbschaft abhängig machen will.[1]) Nach den Grundsätzen des Civilrechts hat der Erbe vor der Delation keinen Anspruch auf den Besitz der Erbschaft, und doch ist er schon vorher cautionspflichtig. Der Prätor befolgt freilich einen andern Grundsatz; die bonorum possessio wird schon vor Erfüllung der Bedingung ertheilt.[2]) Allein diese Neuerung ist darum ohne Gewicht für unsere Frage, weil der Erbe als solcher, unabhängig von seiner Berechtigung zu der bonorum possessio, der Cautionspflicht unterliegt.

21. Aehnliche Ausdehnungen finden sich auf der Seite des Honorirten. Ursprünglich war der Legatar allein zur Stipulation berechtigt. Später wurde auch der Fideicommissar,[1]) selbst der mit einem Universal-Fideicommiss Beschenkte,[2]) eben so der Erbe[3]) und Prokurator des Honorirten zugelassen.[4]) Uebrigens giebt es Fälle, in welchen mehrern zugleich cavirt werden muss.[5])

---

[1]) Rossbirt a. a. O. S. 513. am Ende.

[2]) Fr. 2. § 1. Fr. 5. Fr. 6. De bonor. poss. sec. tabul. (XXXVII. 11.) Dem institutus wird in diesem Falle von dem prætor causa cognita Caution auferlegt. — Fr. 12. Qui satisd. (II. 8.) Fr. 8. pr. De stip. præt. In dieser Stelle ist mit Cujacius ad Fr. 12. c. (opp. t. IV. p. 113.) zu lesen: *nec* potest videri calumniose satis petere, quem alius antecedit.

[1]) Fr. 14. pr. Ut legat.

[2]) Fr. 14. pr. c. verba: sive hereditas. Fr. 114. § 12. De leg. I. (XXX. 1.)

[3]) Fr. 1. § 3. Ut legat. — — satisdare debere *iam constat*, quamvis isti non ex iudicio defuncti, sed successionis necessitate quasi ad æs alienum admittantur.

[4]) Fr. 1. §§ 4. 15. Ut leg. Fr. 3. § 2. Ut in poss. Vgl. Fr. 3. Fr. 5. De stipul. prætor. (XLVI. 5.) Fr. 20. Ratam rem haberi. (XLVI. 8.) Fr. 39. § 3. De damno inf. (XXXIX. 2.)

[5]) Fr. 1. § 20. Fr. 3. bis Fr. 16. Ut legat. — Fr. 9. § 1. Ut in poss. Fr. 8. § 1. De stipul. præt. (XLVI. 5.)

22. Nicht geringer war die Thätigkeit der Interpretation für die Vermehrung der zu der Caution berechtigenden Verzögerungsgründe. In dem Edicte hatten nur zwei Anerkennung gefunden: Bedingung und Zeitbestimmung. Das ausserordentliche Rechtsmittel einer prätorischen Stipulation schien sich nur da zu rechtfertigen, wo ohnediess eine Klage unmöglich gewesen wäre. Dieser Gesichtspunkt, welcher ursprünglich alle prätorischen Stipulationen beherrscht hatte, musste späterhin dem Bedürfniss des Lebens weichen. Man konnte sich darüber nicht täuschen, dass die rechtliche Möglichkeit der Klage für sich den Legatar noch keineswegs gegen alle Gefahr sicher stellte. Die Durchführung der actio nahm selbst eine bestimmte Zeitdauer in Anspruch, und unterwarf somit auch das præsens legatum einer dem dies vergleichbaren nicht unbeträchtlichen Verzögerung.[1]) Gegen diese wurde nun dasselbe Schutzmittel in Anwendung gebracht. Die prätorische Stipulation, welche anfänglich die Stelle der Klage vertrat, da wo eine solche unmöglich war, diente jetzt auch als Sicherungsmittel gegen die mit der Klagdurchführung nothwendig verbundene Verzögerung.[2]) Aber auch in dieser Anwendung hatte das ursprüngliche Verhältniss zwischen Stipulation und Klage noch nicht alle Bedeutung verloren. Ihm ist es zuzuschreiben, wenn der Prätor das Gesuch um Caution nach der Litiscontestation unbedingt zurückweist.[3])

23. Dasselbe Verfahren wiederholt sich nach der Verurtheilung des Erben, wenn dieser gegen den ihm ungünstigen Spruch Appellation ergreift. Nach den Grundsätzen des römischen Prozesses wird durch die Einlegung der Provocation das

[1]) Vgl. über diese Zusammenstellung § 23. n. 2.

[2]) Fr. 15. pr. Ut legat. Etiam de præsente legato locum habet hæc satisdatio, quoniam nonnullas moras exercitio iudicii habet. Fr. 14. pr. D. eod. verba: sive pure — Fr. 41. § 14. De legat. III. (XXXII. 1.)

[3]) Fr. 1. § 9. Ut legat. Plane si quis omissa stipulatione litem de legato contestatus est, probandum est, cessare debere stipulationem. Diess die Lesart der Florentina. Haloander hat vor cessare *nec* eingeschaltet. Hieher gehört auch die Bestimmung des Fr. 3. pr. Ut in poss. — S. übrigens § 23. n. 2. a. Ende.

erstinstanzliche Urtheil und mit ihm das ganze Verfahren ipso iure aufgehoben.[1]) Ein neuer Prozess beginnt. Jetzt kann das Gesuch um Caution von Neuem gestellt werden, wiederum bis zum Abschluss der Litiscontestation; denn die Litiscontestation des ersten Prozesses erreicht mit ihrer Wirkung den zweiten nicht. Diese Grundsätze fanden in einem Rescripte des Kaisers Marcus Antoninus bestimmte Anerkennung.[2])

24. Die Erfüllung der verschiedenen Bedingungen, von welchen die Cautionspflicht abhängt, war der Gegenstand einer vorläufigen summarischen Cognition des Magistrats.[1]) Sie musste von dem Onerirten angerufen werden.[2]) Die Einwendungen gegen das Gesuch des Klägers waren verschiedener Art. Bald wurde dem Postulanten calumnia zur Last gelegt,[3]) also das Vermächtniss ganz in Abrede gestellt[4]) oder die ungünstige Entscheidung einer Bedingung,[5]) die Repudiation oder Absten-

---

[1]) Folgen dieses Grundsatzes in Fr. 6. pr. De his qui not. (III. 2.) Fr. 1. § 14. Ad S. C. turp. (XLVIII. 16.) Fr. 13. § 2. Qui testam. (XXVIII. 1.)

[2]) Fr. 5. § 1. Ut legat. (Papinianus libro XXVIII quæstionum.) Hieher gehört nur die erste Bemerkung, welche der Jurist zu dem von ihm angeführten Rescripte macht: Recte placuit principi, post provocationem quoque fideicommissi cautionem interponi, quod enim ante sententiam, si petitionis dies moraretur, fieri debuit, amitti post victoriam dilata petitione non oportuit. Besondere Beachtung verdienen die Worte: si petitionis dies moraretur. Sie enthalten eine Zurückführung der mit der Appellation verbundenen Verzögerung auf das durch eine Zeitbestimmung suspendirte Klagerecht, und rechtfertigen die von uns § 22. n. 6. versuchte Zusammenstellung beider Fälle. — Dieselben Worte führen auf die richtige Erklärung des Ausdrucks ante sententiam, der sonst mit dem Grundsatz des Fr. 1. § 9. Ut legat. im Widerspruch stehen würde.

[1]) Fr. 3. § 1. in fine. Ut in poss. L. 4. C. ut in poss.

[2]) Fr. 3. § 1. Ut in poss. verba: Nec non illa cognitio imploranda erit ab herede — Vgl. Fr. 5. § 2. Ut legat.

[3]) Fr. 5. § 2. Ut legat. Fr. 1. § 3. Ut in poss. Fr. 1. § 9. De stipul. prætor. (XLVI. 5.)

[4]) Fr. 5. § 2. c.

[5]) Fr. 14. § 1. Ut legat. Fr. 1. § 3. Ut in poss. Die Florentina liest: Ei cui legatum solutum est, cum constet legatum non deberi, divus Pius ad Aemilium Equestrem rescripsit non debere prætorem satisdationem admittere. Die Worte: Ei cui legatum non solutum est, können unmöglich richtig sein, da nach der Solution des Legates von einer Caution nie mehr die Rede ist, und das certum est non deberi keinen Sinn mehr hat, geschweige

tion[6]) oder der noch nicht erfolgte Erbschaftsantritt,[7]) geltend gemacht; bald berief man sich auf die schon geschlossene Contestation der lis de legato[8]) oder bot sich freiwillig zu derselben an;[9]) endlich gab es auch einzelne Befreiungs-[10]) und Remissions-[11])Gründe, welche der Beklagte anrufen konnte.

25. II. Die dem Onerirten auferlegte Sicherheitsleistung besteht in einer durch Bürgen,[1]) ausnahmsweise durch Pfänder[2]) bestärkten Repromission,[3]) welche zunächst und hauptsächlich auf Leistung des Vermächtnisses,[4]) nebenher auf Vermeidung aller Gefährde,[5]) gerichtet ist. Die erste dieser beiden Klauseln schliesst sich genau an die Bestimmungen des letzten Willens an;[6]) sie nimmt die aus dem Testament entstehende

denn als Entscheidungsgrund aufgestellt werden kann. Jauch, de negotiationibus p. 268., sucht sich durch die Einschaltung eines non zwischen legatum und solutum zu helfen; Cuiacius (obss. IV. 33.) durch folgende Emendation: *si cui legatum est*, cum constat. — Beide Versuche geben den richtigen Sinn.

6) Fr. 1. § 4. Ut in poss.

7) Fr. 2. D. eod.

8) Fr. 1. § 9. Ut legat.

9) Fr. 3. pr. Ut in poss.

10) Fr. 7. Ut legat. — L. 6. pr. § 1. C. ad S. C. treb. (VI. 49.) — Fr. 1. § 2. Ut in poss. — Fr. 1. § 11. Ut legat. — Fr. 46. De pactis. (II. 14.) — Von dem Erlass im Testament sprechen folgende Stellen: L. 2. 7. C. ut in poss. Fr. 12. Fr. 18. pr. Ut legat. Fr. 1. pr. Fr. 5. § 18. Ut in poss. Fr. 41. § 14. De legat. III. (XXXII. 1.) L. 6. § 1. C. ad S. C. treb. — Fr. 1. § 18. Ut legat.

11) Fr. 5. § 3. Ut legat. Fr. 8. § 4. Qui satisd. cog. (II. 8.)

1) Fr. 1. § 5. Fr. 7. De stipul. præt. (XLVI. 5.) Fr. 1. §. 1. Ut legat. Vgl. Fr. 1. Qui satisd. cog. (II. 8.) Die Regel des Fr. 15. pr. D. eod. findet bei den Legaten offenbar keine Anwendung.

2) Fr. 7. Ut legat. — — ut cautioni tantum cum hypotheca suarum rerum committantur. Hier scheint eine Verpfändung des ganzen Vermögens vorgeschrieben zu sein. Vgl. Fr. 1. § 9. De collat. bon. (XXXVII. 6.)

3) Fr. 1. pr. §§ 12. 13. 14. Fr. 6. § 1. Ut legat.

4) Fr. 1. pr. Ut legat. Legatorum nomine satisdari oportere prætor putavit, ut, *quibus testator dari fierive voluit, his diebus detur vel fiat.* — Vgl. Fr. 6. § 1. D. eod. Diese Worte sind offenbar der in dem Edict aufgestellten Stipulationsformel selbst entnommen. Vgl. über den Ausdruck dies Fr. 1. § 20. Fr. 8. D. eod.

5) Fr. 1. pr. c. *dolumque malum abfuturum* stipulentur. Vgl. Fr. 5. §§ 12—15. D. eod.

6) Fr. 6. § 1. Ut legat. — — Repromissio plane exigenda est, voluntate defuncti statum iri.

Forderung mit allen ihren Eigenthümlichkeiten in sich auf, und erscheint daher schlechtweg als Einkleidung einer von ihr gänzlich unabhängigen Verbindlichkeit. Diess Verhältniss der Stipulation zu dem Legat, der Form zu dem Inhalt tritt in vielen Anwendungen zu Tage. Namentlich wird die Nichttransmission der Klage,[7]) die Zunahme oder Verminderung ihres Umfangs nach Maasgabe der für das Vermächtniss eintretenden Umstände,[8]) die Gemeinschaft der Exceptionen,[9]) endlich der Einfluss der Emancipation oder Manumission des Legatars auf das Recht des Vaters oder Herrn,[10]) hervorgehoben. Diese Unterordnung unter die Rechtsgrundsätze des Legats wurde durch den Zweck, welchen der Prätor bei der Aufnahme der Stipulation in sein Edict vor Augen hatte, geboten. Die richtige Leistung des ausgesetzten Vermächtnisses sollte gesichert werden. Daher konnte auch nur die Theorie der Vermächtnisse maasgebend sein. Dieselbe Erscheinung wiederholt sich bei der stipulatio de tutela. Das Versprechen: rem pupilli salvam fore unterliegt den Grundsätzen der actio tutelæ, zu deren Sicherung es dient.[11]) Die vielfachen im Prozesse unentbehrlichen Cautionen werden durchgängig nach Maasgabe des Zweckes, welchen der Richter durch ihre Auferlegung zu erreichen sucht, interpretirt; daher die Abweichungen von dem Rechte der freiwillig eingegangenen Stipulationen hauptsächlich in Bezug auf die Wirkung der Bedingungen.[12]) Endlich

---

7) Fr. 1. § 14. Ut legat. Si quis sub conditione legatum stipulatus pendente conditione decesserit, stipulatio evanescit, quia nec legatum transmittitur. Et huic stipulationi easdem causas et conditiones inesse, sciendum est; proinde si qua sit exceptio, quæ petenti legatum opponi solet, eandem ex stipulatu quoque agenti opponendam esse placet. Fr. 8. 9. D. eod.

8) Fr. 1. § 19. Fr. 17. Vgl. Fr. 18. § 2. Ut legat. — Fr. 1. § 13. D. eod.

9) Fr. 1. § 14. Ut legat. Fr. 39. § 3. De damno inf. (XXXIX. 2.) Hieher gehört auch die exceptio dessen, qui cavere non debuit. Fr. 15. § 1. Vgl. Fr. 2. Ut legat. Fr. 1. pr. Ut in poss.

10) Fr. 1. § 20. Fr. 2. Fr. 3. Ut legat. verglichen mit Fr. 5. § 7. Quando dies legator. (XXXVI. 2.)

11) Fr. 1. Fr. 4. § 4. Fr. 9. Rem pupilli salvam fore (XLVI. 6.) Vgl. Unterholzner, Schuldverhältnisse. B. II. S. 826. 827.

12) Vgl. den Titel der Digesten: Si quis cautionibus non obtemperavit (II. 11.) Wolff, die Lehre von der mora. S. 19—25.

fehlt es auch nicht an einer allgemeinen Bestätigung dieses Grundsatzes. Ulpian findet in der Absicht des Prätors die alleinige Norm für die Beurtheilung aller prätorischen Stipulationen.[13])

26. Ueber die Fassung der ersten Klausel werden folgende Einzelnheiten hervorgehoben: sie war in rem concipirt,[1]) und auf die legirte Sache selbst oder deren Preis,[2]) also auf ein incertum[3]) gerichtet. Daneben stand es den Partheien frei, das Interesse zum voraus in einer bestimmten Summe anzuschlagen.[4]) Von der Feststellung einer pœna für den Nichterfüllungsfall, wie diess in andern Fällen gebräuchlich war,[5]) findet sich hier keine Spur; eben so wenig von der Beschränkung der Caution auf eine bestimmte Frist, obwohl auch diese auf dem Gebiet der prätorischen Stipulationen nicht ohne Beispiel ist.[6]) Zuletzt fehlt auch der Zusatz: ex fide bona, der in die so nahe verwandte stipulatio de damno infecto aufgenommen zu werden pflegte.[7]) Gewisse Verhältnisse veranlassten besondere Zusätze: der procurator des Abwesenden stipulirt unter der Bedingung: wenn der Legatar gegenwärtig noch lebe;[8]) der Vater oder Herr auf den Fall, dass der Vermächtnissnehmer zur Zeit des dies cedens noch in seiner Gewalt stehe.[9]) — Hieran schliessen sich die Exceptionen, welche der Stipulation gerade wie den Actionen von dem prätor inserirt werden.[10])

Jede Abänderung der einmal ertheilten Formel muss von dem Magistrat ausgehen;[11]) selbst die Uebereinkunft der Par-

[13]) Fr. 52. pr. De verb. obl. (XLV. 1.) In conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant. Enimvero prætoriæ stipulationes legem accipiunt de mente prætoris, qui eas proposuit. — Fr. 9. De prætor. stipul.

[1]) Fr. 10. Ut legat.

[2]) Fr. 1. § 16. D. eod. Vgl. Fr. 6. pr. D. eod.

[3]) Fr. 2. pr. § 2. De stip. præt. «quanti ea res est.» — Vgl. Fr. 2. § 5. Qui satisd. cog. (II. 8.)

[4]) Fr. 11. De stip. præt.

[5]) Fr. 6. D. eod.

[6]) Fr. 8. pr. Fr. 10. D. eod.

[7]) Lex galliæ cisalp. c. XXII.

[8]) Fr. 1. § 15. Ut legat.

[9]) Fr. 1. § 20. D. eod.

[10]) Fr. 39. § 3. De damno inf. Fr. 10. § 3. De compensat. (XVI. 2.)

[11]) Fr. 1. § 10. De stip. præt.

theien ist kraftlos, sie kann dem öffentlichen Rechte, welchem die prätorische Stipulation angehört,[12]) nicht derogieren. Daher wird die Möglichkeit der Remission von Seite des Erblassers auf kaiserliche Rescripte zurückgeführt.[13])

Wie jede stipulatio auf ein incertum, so erzeugt auch das Versprechen des Onerirten nicht etwa eine condictio, sondern eine ex stipulatu actio, welche dem Pupillen, in dessen Namen der tutor stipulirt, ebenso demjenigen, der durch einen procurator vertreten wird, unter Umständen als utilis zusteht.[14])

37. Der Anspruch aus der Stipulation wird in demselben Augenblick fällig, in welchem die Forderung aus dem Testamente geltend gemacht werden kann.[1]) Der Legatar hat jetzt die Wahl zwischen zwei Rechtsmitteln, der Klage aus dem letzten Willen und jener aus dem Versprechen. Im Gegensatz zu dieser Behauptung will A. Faber[2]) in der stipulatio eine Novation der actio legati erblicken und desshalb den Legatar auf die Klage aus dem Versprechen beschränken. Ohne allen Grund. Jede Novation verlangt die entschiedene Absicht der Partheien, die bestehende Obligation aufzuheben und sie durch eine neue zu ersetzen.[3]) Dieser animus novandi wird durch die prätorische Nöthigung zur Eingehung der Stipulation geradezu ausgeschlossen. Dazu kommt die völlige Gleichheit des Inhalts beider Obligationen, der alten und der neu hinzugefügten; ein Umstand, der mit der Annahme einer Novation unverträglich ist.[4]) Ferner die Analogie der stipulatio rem pupilli salvam fore,[5]) der von dem institutus an den sub-

[12]) Fr. 12. Ut legat. «iure publico.»

[13]) Vgl. oben § 24. n. 10.

[14]) Fr. 5. De stip. præt. Für den tutor findet sich kein ausdrückliches Zeugniss. Nur so viel ist entschieden, dass aus seiner Promission eine actio utilis *gegen* den pupillus adultus ertheilt wird. Fr. 18 § 2. Ut legat.

[1]) Fr. 8. 9. Ut legat.

[2]) Coniecturæ iur. civ. Lib. III. c. 1.

[3]) Fr. 2. Fr. 8. § 5. De novat. (XLVI. 2.)

[4]) Gaius III. §§ 177. 178. Vgl. § 3. I. quib. mod. obligat. toll. Was nach der Meinung der Proculianer von den sponsores gilt, darf nicht auch auf die so sehr verschiedenen fideiussores ausgedehnt werden. Gaius III. § 118.

[5]) Fr. 9. pr. De novat. et delegat. (XLVI. 2.) — — licet tutelæ egisset, habet tamen ad hoc ex stipulatu actionem. —

stitutus zu leistenden Sicherheit,[6]) ebenso aller derjenigen Cautionen, welche nach dem Ablauf des festgesetzten Termins von dem Prätor zum zweiten Male auferlegt werden;[7]) zuletzt das Fortbestehen der von dem testator zur Sicherung der Legate ausgesetzten Pfänder.[8])

98. Nicht mehr Einfluss als der Abschluss der Stipulation hat die Durchführung der actio ex stipulatu. Sie erzeugt keine exceptio rei iudicatæ gegen die actio ex testamento. Die Einrede der Consumtion ist nur gegen denjenigen Kläger begründet, welcher ein und dasselbe *Klagerecht* in verschiedenen *Klagformen* zu gerichtlicher Verhandlung bringen will,[1]) z. B. einen Anspruch aus der Societät zuerst mit der actio pro socio, nachher mit der condictio verfolgt.[2]) Von dieser Identität des Klagerechts ist die Gemeinschaftlichkeit des Inhalts zweier verschiedener Klagerechte wohl zu unterscheiden. Und nur diese verbindet die beiden Ansprüche aus der Stipulation und aus dem Testamente. Sie haben denselben Inhalt, die Verpflichtungsgründe dagegen sind völlig verschieden. Der Legatar erhält durch die stipulatio ein neues Klagerecht,[3]) nicht nur eine neue Klageform (aliud genus iudicii). Die Geltendmachung des einen hindert die Durchführung des andern nicht. Nur die Befriedigung tilgt beide zugleich. Daher ist der Verzicht des Legatars auf sein zweites Klagerecht die Vorbedingung der Condemnation des unterliegenden Erben.[4])

---

[6]) Fr. 12. Qui satisd. cog. (II. 8.)

[7]) Fr. 10. De stip. præt.

[8]) Diess folgt schon daraus, dass die cautio dem Legatar unmöglich nachtheilig sein kann. Die Novation hebt die Pfänder wie alle übrigen Accessorien auf. § 3. I. quib. mod. toll. obl. (III. 29.) Fr. 18. 27. De novat. et delegat.

[1]) Fr. 5. De exc. rei iud. (XLIV. 2.) — Vgl. Keller, Litiscontestation. S. 110. 241.

[2]) Fr. 38. § 1. Pro socio. XVII. 2. Fr. 28. § 4. De iureiur. (XII. 2.)

[3]) Fr. 1. § 2. De stip. præt. — instar actionis habent et *ut sit nova actio* intercedunt, ut de legatis stipulationes. — Nova actio — liest die Florentina; die Vulgata: novatio. Diese willkührliche Aenderung hat an Faber. a. a. O. einen Vertheidiger, an Liebe, Stipulation S. 98. 4., einen Gegner gefunden.

[4]) Fr. 9. pr. De novat. et delegat. (XLVI. 2.) Das Verhältniss der stipulatio

89. Die Cumulation zweier Klagerechte desselben Inhalts ist dem römischen Rechte noch in verschiedenen anderen Anwendungen bekannt. So wird die Verpflichtung zur Herausgabe einer Erbschaft oder eines Erbtheils nach dem trebellianischen Senatusconsult durch die Stipulation verstärkt.[1]) Dasselbe gilt von den verschiedenen Verbindlichkeiten aus der Vormundschaftsführung, aus der Verwaltung eines öffentlichen Vermögens, aus dem rechtskräftigen Urtheil, und aus dem Verkauf einer mangelhaften oder der Entwährung unterworfenen Sache.[2]) In allen diesen Fällen erlangt der Schuldberechtigte ein zweites Klagerecht; er vermehrt die Mittel zur Durchführung seines Anspruchs mit einer nova actio,[3]) und wird so nach Ulpians Darstellung: cautior et securior interposita stipulatione.[4]) Ein anderer Zweck ist mit der Auferlegung der Stipulation an den Onerirten nicht verbunden. Namentlich findet sich keine Spur einer materiellen Verschiedenheit der beiden Rechtsmittel aus dem Versprechen und aus dem Testament. Eben so wenig verlangt die Fideiusssion die Einkleidung der Legatsschuld in einen Verbalvertrag. Denn diese Form der Verbürgung kann zu jeder Obligation,[5]) selbst zu der ex delicto[6]) hinzutreten. Daher finden sich auch einzelne Fälle, in welchen der Erbe, der tutor, der Magistrat ihre Verpflichtung ohne Vermittlung eines Verbalcontractes durch fideiussores bestärken.[7])

---

rem pupilli salvam fore zu der actio tutelæ kann als Beweis für alle prätorischen Stipulationen benützt werden.

1) Fr. 63. § 1. Ad S. C. treb. (XXXVI. 1.)

2) Vgl. über alle diese Fälle Unterholzner, Schuldverhältnisse. B. I. §§ 755. 756.

3) Fr. 1. § 2. De stip. præt.

4) Fr. 1. § 4. D. eod. Et sciendum est, omnes stipulationes natura sui cautionales esse; hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione.

5) Fr. 8. § 6. De fidei. et mandat. (XLVI. 1.) Et generaliter omnium obligationum fideiussorem accipi posse, nemini dubium est. Neben diesem Fragmente ist die beschränktere Ausdrucksweise bei Gaius III. § 119. § 1. I. de fideiuss. Fr. 8. § 1. D. t. c. allerdings auffallend.

6) Fr. 8. § 5. Fr. 56. § 3. Fr. 70. § 5. D. t. c.

7) Fr. 38. § 1. Fr. 8. § 4. 68. pr. D. eod.

30. Die doli clausula, welche mit allen Stipulationen, prätorischen sowohl als conventionellen, verbunden zu werden pflegt,[1]) hat stets eine subsidiäre Bedeutung. Sie bezieht sich nicht auf diejenigen Punkte, welche in derselben Stipulation ausdrücklich vorgesehen sind, sondern umfasst nicht vorbedachte Fälle der Arglist.[2]) Rücksichtlich der Zeit entscheidet das allgemeine Prinzip, wonach, besondere Beredungen vorbehalten, stets der Abschluss des Vertrages zu berücksichtigen ist.[3]) Eine erst später begangene Unredlichkeit fällt nicht unter die doli clausula. Dadurch berichtigt sich die irrige Vorstellung mancher Rechtslehrer, welche den Hauptnutzen der stipulatio de dolo in ihrer Richtung gegen die Verprassung der Erbschaft vor Entscheidung der Bedingung finden wollen. — Die Verpflichtung aus der doli clausula geht auf den Erben über,[4]) und zwar in solidum, nicht in id quod ex dolo defuncti ad heredum pervenit.[5]) Diese Eigenthümlichkeit nähert die stipulatio de dolo den bonæ fidei actiones.[6]) Aus ihr entstand das in seiner Allgemeinheit unrichtige brocardum, wonach die doli clausula, ähnlich der doli exceptio[7]) jede Stipulation zur Grundlage eines bonæ fidei iudicium umgestaltet. — Die Fassung unserer Schlussklausel war nicht in rem;[8]) nur

[1]) Fr. 6. Fr. 19. Iudicat. solvi (XLVI. 7.) — L. 3. C. de rec. arbit. (II. 56.) — Fr. 22. 53. 119. 121. 135. § 4. De verb. obl. (XLV. 1.)

[2]) Fr. 53. c. Stipulationes commodissimum est ita componere, ut, quæcunque specialiter comprehendi possunt, contineantur, doli autem clausula ad ea pertineat, quæ in præsentia occurrere non possunt et ad incertos casus pertinent. Fr. 119. c.

[3]) Fr. 19. Iudicat. solvi (XLVI. 1.) Fr. 135. § 4. De verb. obl. (XLV. 1.) Damit stimmt der Ausdruck Papinians in Fr. 121. pr. D. eod.: stipulationis utiliter interponendæ gratia überein. Er bezeichnet den bei dem Abschluss der Stipulation selbst geübten dolus. Ein Beispiel dazu gibt Fr. 22. D. eod.

[4]) Fr. 121. § 3. De verb. obl. Fr. 19. pr. Iud. solvi. Vgl. Fr. 49. De obl. et act. (XLIV. 7.)

[5]) Fr. 152. § 3. 157. § 2. De reg. iur. (L. 17.) Vgl. Fr. 12. De obl. et act.

[6]) Fr. 8. § 1. De fideiuss. tut. (XXVII. 7.) Fr. 12. 49. De obl. et act. (XLIV. 7.)

[7]) Hierüber Keller in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. B. XII. Nro. 12.

[8]) Sie lautete: dolum malum abfuturum (Fr. 1. pr. Ut leg.), während die Fassung in rem folgende war: si huius rei dolus malus non aberit. Fr. 19. § 1. Iud. solvi.

die Arglist des Onerirten selbst und die seines Erben[9]) fand Berücksichtigung, und auch diese nur dann, wenn sie den Schaden des Honorirten beabsichtigte.[10])

31. III. Die Verwandtschaft der prätorischen Cautional-Stipulationen mit den Klagen führte zu der Uebertragung des für die letztern ausgebildeten Contumacial-Verfahrens auf den die Einlassung verweigernden Erben. Das Edict verspricht dem Vermächtnissnehmer Einweisung in die noch vorhandenen Erbschaftsgüter[1]) als Ersatz für die Caution.[2]) Der missus erhält Anspruch auf die Gesammtheit des Nachlasses;[3]) sein Recht beschränkt sich jedoch auch hier auf Detention und Ueberwachung. Die Administration wird nicht auf ihn übertragen, sondern nur die des Erben seiner Controle unterworfen.[4]) Die Grundverhältnisse beider Institute sind also völlig

9) Fr. 5. § 4. Ut in poss. Natürlich nicht derjenige dolus, welcher erst nach Abschluss der Stipulation begangen wurde.

10) Fr. 1. § 15. Ut in poss.

1) Fr. 6. § 1. Fr. 9. § 1. Fr. 12. Fr. 3. Ut in poss. Mit besonderer Beziehung auf die durch Fideicommiss übertragene Erbschaft spricht Fr. 4. Ut in poss.; auf die ab intestato besessene Fr. 13. Ut legat. — Die Ausdrücke des Edicts waren: IN POSSESSIONE OMNIUM BONORUM QUÆ EX EA HEREDITATE SUNT, oder QUÆ IN CAUSA HEREDITARIA PERMANENT. Fr. 13. Ut in poss. Fr. 5. § 1. Ut legat. Die Commentare der Juristen verbreiteten sich daher vorzüglich über die Worte: BONA Fr. 5. § 6. sqq. und RES HEREDITARIÆ. Fr. 5. §§ 5. 9. 10. 12. Fr. 8. Fr. 15. Ut in poss. Fr. 5. § 1. Ut legat. Einzelne Sachen sind ausgenommen. Fr. 11. pr. Ut in poss. Der Prätor ging späterhin über die Worte des Edicts hinaus, und ertheilte die missio auch in solche Sachen, welche der Erbe in betrügerischer Absicht aus der Erbschaft veräussert hatte, hier jedoch nur causa cognita Fr. 5. § 5. Ut in poss. Diese Ausdehnung wurde auch bei der hereditas ex fideicommisso restituta zugelassen. Fr. 8. D. eod. Ganz allgemeine Geltung hat Fr. 15. Ut in poss. — Die causæ cognitio ging wohl hauptsächlich auf die Mitwissenschaft des Erwerbers. Dafür spricht die Analogie der pauliana Fr. 6. pr. Fr. 6. § 8. Fr. 9. Fr. 10. pr. §§ 2—5. Fr. 25. § 1. Quæ in fraud. credit. (XLII. 8.); insbesondere aber Paulus S. R. lib. IV. tit. 1. § 15., welche offenbar von der missio legatorum servandorum causa zu verstehen ist.

2) Fr. 5. § 1. Ut legat. — — Vicaria custodiæ gratia possessio datur. Vgl. Fr. 1. § 2. D. eod. Fr. 2. Fr. 5. § 12 Ut in poss.

3) Fr. 13. Ut in poss.

4) Fr. 5. pr. Ut in poss. Is cui legatorum fideive commissorum non cavetur, missus in possessionem nunquam pro domino esse incipit, nec tam possessio rerum ei quam custodia datur; neque enim expellendi heredem ius

dieselben. Im Einzelnen finden sich jedoch manche Abweichungen, zumeist solche, welche durch die Eigenthümlichkeit der cautio legatorum bedingt sind. Vor allem entzieht der Prätor dem Erben jene Schonung, welche dem Contractsschuldner zu Theil wird. Ob der Honorirte an der Versäumniss der Cautionsleistung Schuld trägt oder nicht, darauf kommt es nicht an; genug, dass die Satisdation nicht erhältlich ist, sofern nur auf dem Kläger keine Schuld lastet.[5])

Jeder Vermächtnissnehmer übt den Besitz für sich, wiewohl alle mit gleichem Range, der Gläubiger dagegen für die Gesammtheit der Schuldberechtigten.[6]) — Der Verkauf des Vermögens und überhaupt jede Steigerung der Zwangsmittel ist dem Rechte der missio legatorum servandorum causa völlig fremd.[7]) Von Befriedigung kann ja vor dem Eintritte der Bedingung keine Rede sein, nachher aber führt das Klagerecht zum Ziele.

Die Wirksamkeit dieser Mission setzt einen aus körperlichen Sachen bestehenden Nachlass voraus. Fehlt es an einem solchen, so werden die Klagen aus den Erbschaftsforderungen dem Legatar eingeräumt,[8]) oder das aus dem Erbschaftsverkauf erlöste Geld in den Händen eines Sequesters deponirt,[9])

habet, sed simul cum eo possidere iubetur, ut saltem tædio perpetuæ custodiæ extorqueat ei cautionem. Der Satz: missus nunquam pro domino esse incipit ist auch in L. 5. C. ut in poss. wiederholt. Dadurch wird sowohl das bonitarische Eigenthum als die Möglichkeit der Ersitzung in Abrede gestellt. — Die einzelnen in der custodia enthaltenen Rechte und Pflichten beschreibt Ulpian in Fr. 5. § 22. Ut in poss. Dazu kommt noch die Befugniss, die cautio damni infecti zu leisten, Fr. 5. § 1. Ut in poss. und gegen die Ansprüche Dritter als Partei aufzutreten. Fr. 5. § 26. Fr. 11. pr. Ut in poss. — Ueber das Verhältniss des missus zu dem Miterben. Fr. 5. § 11. Ut in poss.

5) Fr. 1. § 1. Ut in poss. Fr. 8. § 4. Qui satisd. cog. (II. 8.)

6) Fr. 5. §§ 2. 3. Ut in poss.

7) Nur wenn es die Administration mit sich bringt Fr. 5. § 22. Ut in poss., oder ein völlig unbemittelter Verwandter eingewiesen wurde Fr. 14. D. eod. kann auch die Veräusserung einzelner Sachen Statt finden. Fr. 27. De reb. auct. iud. (XLII. 5.)

8) Fr. 10. Ut in poss. — — per prætorem denegatas heredi actiones ipsi (legatarii) persequentur.

9) Fr. 5. § 4. Ut legat.

auch wohl gegen den Käufer nach vorgängiger Untersuchung der Umstände Mission ertheilt.[10])

32. Eine besondere Aushilfe verlangt die Cautionspflicht des Legatars. Die Mission kann hier nicht ausreichen.[1]) Julian schlug vor, den Legatar durch Uebertragung der Vermächtnissklage auf den Fideicommissar, sofern dieser sich zur Caution über gehörige Rückerstattung versteht, zu zwingen. Diess Verfahren fand allgemeine Billigung.[2]) Für den Fall eines bedingten Legats wurde es folgerichtig dahin modifizirt: dass nun statt der Legats-*Klage* die Legats-*Caution* oder die mit ihr verbundenen Rechtsmittel auf den Fideicommissar übergehen.[3])

33. Der Zusammenhang dieser Missionstheorie wurde durch zwei kaiserliche Rescripte gestört, deren Verwebung mit dem bestehenden Recht die Kunst der römischen Juristen in nicht geringem Grade in Anspruch nahm. In dem einen derselben finden wir ein neues Verfahren für den Fall der Appellation von Seiten des unterliegenden Erben.[1]) An die Stelle der Mission tritt das System gegenseitiger Cautionen,[2]) wie dasselbe in dem Rechte der Collation unter Geschwistern hergebracht war.[3]) Diesem zufolge ist die Sicherheitsleistung nicht mehr eine ausschliessliche Verpflichtung des Erben, sondern erstreckt sich auch auf den Vermächtnissnehmer. Wer von Beiden cavirt, erhält den ausschliesslichen Besitz. Dieser aber

---

10) Diess wohl hauptsächlich in dem Falle, welchen Fr. 5. § 4. c. offen lässt, nämlich wenn weder mit Genehmigung des Erben noch des Legatars veräussert worden ist, sobald nur der Käufer selbst in dolo war. Vgl. § 31. n. 1.

1) Fr. 5. § 28. Ut in poss. bezieht sich auf die missio antoniniana, welche allerdings auch gegen den Legatar zur Anwendung kommen konnte. Fr. 5. § 25. D. eod.

2) Fr. 5. § 29. Ut in poss.

3) Fr. 5. § 30. D. eod.

1) Fr. 5. § 1. Ut legat. Dazu Cuiacius opp. t. IV. p. 713—716.

2) Fr. 5. § 1. D. eod.: mutuas admisit cautiones.

3) Vgl. Fein, das Recht der Collation. S. 105—113. Fr. 2. § 9. De coll. bon. (XXXVII. 6.)

umfasst nicht etwa den ganzen Nachlass, sondern nur die Gegenstände des Streites, nach dem Beispiel der in rem actiones.[4]) In einem Falle war das alte Missionsverfahren auch jetzt noch unentbehrlich. Wenn nämlich von keiner Seite Caution geleistet wurde,[5]) sich auch der Gegenstand des Legats nicht zur Sequestration eignete,[6]) so konnte das Recht des Edicts allein aushelfen; auf dieses verweist uns Papinian in den Worten: iurisdictio restituenda erit.[7])

34. Das zweite der angeführten Rescripte[1]) bedroht den Erben, welcher auch nach dem Eintritt der Bedingung und des Tages in seinem Ungehorsam verharrt, mit einem strengern Verfahren, als nach dem frühern Rechte möglich gewesen war. In einem solchen Falle nämlich hatte dem Vermächtnissnehmer bisher kein anderes Mittel zu Gebote gestanden als die Durchführung des Contumacialverfahrens wegen verweigerter Einlassung auf die Legatsklage. Dieser Ausgang der Sache ward jedoch durch die vielen damit verbundenen Verzögerungen, besonders aber durch die Nothwendigkeit einer Concurseröffnung, äusserst lästig. Ihn suchte Antoninus Caracallus durch ein schnelleres, dem Interesse der Vermächtnissnehmer günstigeres Verfahren zu ersetzen. Das Mittel, dessen er sich dazu bediente, war eine neue eigenthümlich geordnete Immission, welche man nach ihrem Urheber gewöhnlich missio antoniniana nennt. Der Legatar konnte den prätor um Ertheilung dersel-

4) Oben § 15. dieses Abschnittes.

5) Gleichviel ob per inopiam oder per contumaciam. Die Worte Papinians: sed si is, qui vicit, non *possit* cavere, schliessen die absichtliche Verweigerung eben so wenig aus, als die vorhergehenden auf die Collation bezüglichen: cum de bonis suis conferendis filius — — cavere non *potest*. Denn das Recht der Caution wird stets auf die sui übertragen, mag der emancipatus possidens aus Armuth oder absichtlich die Cautionsbestellung unterlassen.

6) Hauptsächlich, wenn die Forderung auf Geld ging. L. un. C. de prohibita sequestratione pecuniæ. (IV. 4.) Auch eine unbewegliche Sache konnte nicht sequestrirt werden; man half sich hier eben durch die Sequestration der Früchte. Fr. 5. § 1. c.: fructus deponantur.

7) Iurisdictio bezeichnet die auf Rechtsprechung gerichtete Amtsgewalt des Prätors, öfters auch speciell das Edict selbst. L. 6. C. ut in poss.

1) L. 6. C. ut in poss. Fr. 5. §§ 16—21. 23—25. Ut in poss.

ben angehen,[2]) sobald das Vermächtniss verfallen war. Diese erste Anrufung des Magistrats hatte jedoch nicht sofortige Einweisung zur Folge. Ihre nächste Wirkung war eine ganz andere. Der Erbe war nun zur Entrichtung des Vermächtnisses verpflichtet;[3]) unterblieb dieselbe, so erfolgte sechs Monate später[4]) die versprochene Einweisung in das eigene Vermögen des Onerirten und zwar mit dem Rechte des Fruchtgenusses.[5]) Der Eingewiesene wurde in der Ausübung desselben bis zu seiner vollen Befriedigung geschützt. Weder Angebot der Satisdation, noch Einlassung auf die Klage konnte jetzt mehr helfen. Die Ausweisung des Legatars war nur durch volle Befriedigung desselben zu erwirken. Diess Verfahren galt ursprünglich nur für bedingte und betagte Vermächtnisse.[6]) Hier erschien es zunächst als eine Fortsetzung der missio legatorum servandorum causa. Mit dieser musste sich der Legatar vor erfüllter Bedingung begnügen; nachher konnte er die antoninianische Immission noch dazu erhalten. Indess war eine solche Verbindung keineswegs nothwendig. Jede der beiden Missionen konnte eben so gut für sich bestehen; auch die antoninianische Einweisung war nicht an das frühere Dasein der missio legatorum gebunden; ja sie wurde selbst in denjenigen Fällen nicht verweigert, in welchen jene

---

2) Fr. 5. § 16. c. aditi pro tribunali hi quorum de ea re notio est.

3) Fr. 5. § 16. c.: si — in satisfactione cessatum est — § 17. Satisfactionis verbum licet latius patet, tamen ad *exsolvendum legatum* refertur.

4) Fr. 5. § 16. c. § 19. Sex autem mensium puto continuum tempus non possessionum computandum. Statt possessionum ist sessionum zu lesen. Cuiacius obss. IV. 33. Vgl. Schulting-Smallenburg zu dieser Stelle. Den Pupillen und Minderjährigen wird die Zeit, während welcher sie unvertreten sind, nicht eingerechnet; eben so wenig andern die Zeit der hereditas iacens. Fr. 5. § 20.

5) Fr. 5. § 16.: indeque fructus percepturos, quoad voluntati defunctorum satisfiat. §§ 21. 24. Die Schlussworte des § 21: ut festinetur ad *sententiam* beziehen sich auf die sententia *testatoris*, und sagen: damit der Wille des Testators um so schneller befriedigt werde. Es ist also kein Grund, mit Cuiacius obss. IV. 33., Wissenbach, Pothier, Schulting ad h. l. sententiam in satisfactionem umzuändern. Der missus antoninianus lässt sich nun mit dem Pfandbesitzer vor Einführung des Verkaufsrechts vergleichen. Oben V. 5.

6) Fr. 5. § 16. legatarios et fideicommissarios.

andere in Folge letztwilligen Erlasses der Caution dem Legatar unzugänglich war.[7])

35. Die allmählige Erweiterung der missio legatorum hatte eine entsprechende Generalisirung der antoninianischen Einweisung zur Folge. Dasselbe Bedürfniss führte zu der Anwendung desselben Hilfsmittels. Jeder Verzug wurde nun berücksichtigt;[1]) jedes Fideicommiss, wem immer es auferlegt sein mochte, in gleicher Weise geschützt.[2])

36. Die Bestimmung der antoninianischen Mission wird in der Regel völlig verkannt. Unsere Schriftsteller stellen sie durchgängig als eine verstärkte missio legatorum servandorum dar. Sie betrachten sie als ein Zwangsmittel, bestimmt den Erben zur Bestellung der Legats-Caution anzutreiben. Die sechsmonatliche Frist wird daher von dem Beginn der ersten Immission an gerechnet. Nach dieser Annahme kann es kommen, dass der Anspruch auf Befriedigung aus dem Fruchtertrag lange vor dem Entscheid der Bedingung begründet ist. Das hätte allein schon hinreichen sollen, die Unhaltbarkeit der gemeinen Meinung auf das schlagendste darzuthun. Denn gerade die Befriedigung wird in unsern Quellen in den Vordergrund gestellt; von einem Zwang zur Bestellung der Caution ist nirgends die Rede.[1])

37. Nach der Darstellung der durch die beiden kaiserlichen Rescripte eingeführten Neuerungen kehren wir zu der

---

[7]) Fr. 5. § 18. c.

[1]) Fr. 5. § 16. c. Quod remedium servabitur et adversus eos, qui ex aliqua causa fideicommisso moram faciunt.

[2]) Fr. 5. § 25. c. Constitutio autem divi Antonini pertinet ad eos, a quibus utiliter fideicommissum relictum est, quamvis heredes non sint. Par enim utilitas est. Daher kommt diese Mission auch gegen die Legatare zur Anwendung. Fr. 5. § 28. c.

[1]) Schriftsteller: Rosshirt, Vermächtnisse. B. I. S. 510. 518. Puchta, Pandecten. § 543. (II. Ausgabe.) Mühlenbruch, Pandecten. B. III. § 739. 3. Stieber, de bonorum emtione, p. 29. und die hier angeführten. Marezoll, Zeitschrift für Civilrecht. B. IX. S. 127 ff. Glück, Erläuterung B. XVIII. S. 259—262. macht eine ehrenvolle Ausnahme: doch ist auch seine Darstellung unvollkommen.

missio communis zurück. Diess Rechtsmittel wurde zuletzt noch auf einen Fall ausgedehnt, in welchem es seiner ursprünglichen Bestimmung ziemlich entfremdet erscheint. Zum Verständniss desselben folgende Bemerkung. Mit dem Abschluss der Litiscontestation verlor der Honorirte seinen Anspruch auf Sicherheitsleistung. Nur die Appellation des unterliegenden Erben erneuerte mit dem ganzen Verfahren auch die Cautionsberechtigung.[1]) Wie aber nun, wenn kein Recurs ergriffen wurde? In einem solchen Fall hatte der Erbe das zweimonatliche tempus iudicati, einen Zeitraum, der in der That dem Vermächtnissnehmer nicht weniger gefährlich werden konnte als der von dem Erblasser selbst eingeräumte Termin. Auch hier musste Rath geschafft werden, und diess um so mehr, da der zu schützende Anspruch ausser dem letzten Willen auch noch ein rechtskräftiges Urtheil auf seiner Seite hatte. Ohne Zweifel war es eine Betrachtung dieser Art, welche Papinian zur Ertheilung der Mission nach erfolgter Verurtheilung bewog.[2]) Die Verbindung, in welcher von diesem Falle gesprochen wird, erhebt es über jeden Zweifel, dass auch hier nur die gewöhnliche missio legatorum servandorum causa zur Anwendung kommt, dass mithin alle Bestimmungen, welche für diese gelten, auch gegen den unterliegenden Erben Anwendung finden. Daher wird nur in den Nachlass, niemals in das eigene Vermögen des Onerirten mittirt. Daher kann ferner die Ausweisung des missus nicht nur durch Befriedigung des Legatars, sondern ebenso auch durch blosse Sicherstellung desselben erwirkt werden. Cuiacius[3]) vertheidigt über beide Punkte die entgegengesetzte Ansicht. Nach ihm wird in das gesammte Vermögen des Erben mittirt, und das interdictum de decedendo nur gegen Befriedigung der Forderung erlassen. Die erste Behauptung hat keine andere Stütze als die miss-

[1]) Oben § 23. dieses Abschnittes.

[2]) Fr. 9. pr. Ut in poss. Papinianus libro XIX quæstionum. Etiamsi condemnatus heres fuerit, nec pecuniam solvat, legatarius potest desiderare mitti in possessionem.

[3]) Zu Fr. 9. pr. Ut in poss. (opp. t. IV. p. 563.)

verstandene L. 3 C. qui potiores;[4]) die zweite beruht auf einer unrichtigen Einmischung der Grundsätze über die Rechtskraft des Urtheils in das Recht der Mission. Gegen sie lässt sich überdiess Fr. 3 pr. Ut in poss. geltend machen. Hier wird bestimmt auf die Möglichkeit eines besondern Verfahrens über die Satisdation noch nach dem Urtheil über das Vermächtniss hingedeutet.

38. Die bisherige Darstellung lässt über die Bestimmung der Mission keinen Zweifel. Sie dient als Zwangsmittel gegen den die Caution verweigernden Erben. Diess ihr Hauptzweck. Damit verbindet sich noch ein weiterer, zufälliger Nutzen, der unter Umständen grosse Bedeutung haben kann. Ist nämlich eine dem Erblasser zugehörende pecies der Gegenstand eines Fideicommisses oder eines Damnationslegats, so steht in der Mission dem Vermächtnissnehmer ein Mittel zu Gebote, welches einen erwünschten, wenn auch noch so unvollkommenen Ersatz für die fehlende Vindication darbietet. Die Mission wird ja nicht nur gegen den Erben selbst, sondern auch gegen dritte Erwerber, sofern sie die Qualität der Sache kannten, ertheilt.

Paulus S. R. Lib. IV. t. 1. § 15.

Rem fideicommissam si heres vendiderit, eamque sciens (quis) comparaverit, nihilominus in possessionem eius fideicommissarius mitti iure desiderat.

Durch die Bemühungen neuerer Juristen[1]) ist diese Stelle zu einer Bedeutung gelangt, an welche Paulus wohl niemals dachte. Aus ihr wurde ein neues Institut, eine zweite ganz eigenthümliche Mission abgeleitet. Man bezeichnete diese als *Verfolgungsmittel* zum Zweck der Geltendmachung des Fidei-

[4]) Sie spricht von der missio rei servandæ causa, welche nach Ablauf des tempus iudicati dem siegreichen, aber unbefriedigten Gläubiger oder Legatar von Alters her zu Theil wurde.

[1]) Zuletzt Rosshirt, Vermächtnisse. B. I. S. 516. 517. Früher: Glück, Erläuterung der Pandecten. B. XIX. S. 166. n. 63. Gegen ihn von Löhr. Ueber das Pfandrecht der Legatare, im Archiv für civilistische Praxis B. V. S. 208. n. 3. und in seinem und Grollmanns Magazin. B. III. S. 195.

commisses und unterschied sie genau von der Mission als *Vollziehungsmittel* der nothwendigen Bürgschaftsleistung. Die praktische Verschiedenheit beider sollte darin bestehen, dass die erstere auch gegen dritte Besitzer, die zweite ausschliesslich gegen den Erben zustehe. — Diese ganze Theorie entbehrt alle Realität. Es giebt keine besondere mit andern Rechtsregeln ausgerüstete missio in rem legatam. Was man dafür angesehen hat, ist nichts weiter als die Anwendung der missio communis auf den Gegenstand des Vermächtnisses. Von dieser spricht auch Paulus. Der Beweis hiefür liegt in den vielen oben schon zusammengestellten Fragmenten,[2]) welche die Anwendbarkeit der Mission gegen dritte Erwerber in derselben Weise wie Paulus geltend machen. Der einzige Unterschied beider Klassen von Zeugnissen besteht darin, dass jene die Nothwendigkeit der prätorischen Cognition ganz allgemein, diese dagegen mit besonderer Beziehung auf die Mitwissenschaft des Käufers hervorheben.

39. Einen ähnlichen Gebrauch lässt die Mission auch für die Verfolgung der von dem Erblasser letztwillig ausgesetzten Pfänder zu. Das Bedürfniss hiefür war jedoch ungleich beschränkter. Zur Zeit der klassischen Juristen hatte die Gesetzgebung und die Jurisprudenz bereits über die Anwendbarkeit der Pfandklage auf das testamentarische pignus entschieden.[1]) Diesem vollkommneren Rechtsmittel musste jene unvoll-

---

[2]) § 31. n. 1.

[1]) Fr. 9. De ann. leg. et fideic. (XXXIII. 1.) Fundus, quem paterfamilias libertis legatorum nomine, quæ in annos singulos reliquit, pignori esse voluit, ex causa fideicommissi rei servandæ causa recte petetur. Paulus notat: hoc admittendum et in aliis rebus hereditariis, ut et in eas legatarius mittatur. (Papinianus libro VII respons.) Ueber diese Stelle: Cuiacius ad h. l. (opp. IV. p. 1115. 1116.) und obss. XXIV. 26. Bachov, de pign. et hypoth. l. V. c. 11. § 1. Schulting-Smallenburg, notæ ad h. l. Die Schlussbemerkung des Paulus könnte zu der falschen Annahme verführen, als spreche auch Papinian von der missio legatorum in ihrer speciellen Anwendung auf die Pfandsachen. Allein Paulus sucht offenbar nur dem Zweifel zu begegnen, als enthalte die testamentarische Pfandbestellung einen stillschweigenden Erlass der Cautionspflicht. Uebrigens deutet der Ausdruck *petetur* bestimmt genug auf eine in rem actio

ständige und äusserst verwickelte Rechtshilfe das Feld räumen. In einem einzigen Falle blieb sie im Besitze ihrer ehemaligen Bedeutung. Das Pfandrecht für eine bedingte Schuld konnte nicht vor Erfüllung der Bedingung geltend gemacht werden; die Mission dagegen war gerade für solche Verzögerungen bestimmt. Anders stand das Verhältniss bei blos betagten Forderungen. Diese schlossen die Pfandklage vor dem Ablauf des festgesetzten Termins nicht aus.[2])

40. In dieser doppelten Anwendung als Cautionszwang und als Surrogat der rei vindicatio bei Fideicommissen und Damnationslegaten blieb die Mission bis auf die neueste Zeit fortwährend in Uebung. Justinian griff auch hier ändernd ein.[1]) Der Gegenstand seiner Neuerung ist jedoch nur die eine der beiden hervorgehobenen Anwendungen. *Die Mission als Verfolgungsmittel des Fideicommisses wird durch die Vindication ersetzt.* Die Mission als Zwangsmittel zur Bestellung der Caution bleibt dagegen in ihrer alten Bedeutung stehen. Der innere Zusammenhang der iustinianischen Constitution erhebt diess Resultat über allen Zweifel. Dem Vermächtnissnehmer, sagt der Kaiser, stehen verschiedene Rechtsmittel gegen den Erben zu Gebote: in der Regel die persönliche actio ex testamento, überdiess in einzelnen Fällen die Vindication, zuletzt die missio legatorum servandorum causa, welche wie die Vindication in rem gerichtet ist. Diese Verschiedenheit soll ausgeglichen, namentlich die lästige, umständliche Immission durch das vollkommenere Rechtsmittel der rei vindicatio ersetzt werden. So weit die erste Hälfte des Gesetzes. — Die zweite enthält eine Neuerung völlig verschiedener Natur. Dem Vermächtnissnehmer wird ein stillschweigendes Pfandrecht an

---

und auch die Worte: ex causa fideicommissi (Vgl. Fr. 12. De alim. leg. XXXIV. 1.) rei servandæ causa, enthalten nichts weiter als eine nähere Angabe ihres Grundes und Zweckes. — Ferner Fr. 26. pr. De pignorat. act. (XIII. 7.) Fr. 12. De alim. leg. L. 1. C. communia de leg. (VI. 43.)

[2]) Fr. 14. pr. De P. et H.

[1]) L. 1. C. communia de legatis et fideicommissis et de in rem missione tollenda (VI. 43.)

sämmtlichen Nachlassgütern eingeräumt. Diese zweite Bestimmung hat keinen Zusammenhang mit der Mission; sie berührt diese nicht, und kann sie auch nicht ersetzen. Das stillschweigende Pfandrecht führt durch den Verkauf zur Befriedigung, und kann jedenfalls erst nach der Erfüllung der Bedingung geltend gemacht werden; die Mission dagegen zwingt zur Cautionsleistung und ist von Hause aus für die Zeit vor dem Entscheide der Bedingung bestimmt. Aber auch bei dem schon fälligen Vermächtniss hat die Mission ihre selbstständige Bedeutung neben dem Pfandrecht bewahrt. Die Durchführung der hypothekarischen Klage ist ja mit demselben Verzug wie die der persönlichen Schuldklage verbunden; die mora iudicii verlangt also auch hier eine Sicherstellung des Klägers durch Caution oder Einweisung in den Besitz.

Das Resultat geht dahin: Justinian ertheilt allen Vermächtnissnehmern ohne Ausnahme die Vindication; dadurch wird die Mission in den Gegenstand des Legats völlig entbehrlich, «penitus tollitur.» Ueberdiess erhalten alle Legatare ein stillschweigendes Pfandrecht an dem gesammten Nachlass. Dadurch wird die Immission als Zwangsmittel nicht aufgehoben; sie besteht wie die Cautionspflicht selbst,[2]) auch nach Justinian ungeändert fort. Dasselbe gilt von der antoninianischen Mission. Daher musste die Theorie beider in die Pandecten aufgenommen werden. Die Annahme eines Versehens der Compilatoren ist mit den Zeitverhältnissen unverträglich. Die Constitution Justinians fällt in das Jahr 529, die Sammlung der Pandecten beginnt ein Jahr später, die Ueberarbeitung des codex erst 534. Eben so wenig darf es auf Rechnung des Zufalls gesetzt werden, dass die iustinianische Constitution nicht dem Titel: ut in possessionem legatorum, sondern einem andern: communia de legatis, einverleibt wurde; zum klaren Beweis, dass die Compilatoren weit entfernt waren, in ihr eine Aufhebung der Legatsmission zu erblicken.

---

[2]) Nov. XXII. c. 44.

41. C. DIE ZUM SCHUTZE DES ERBRECHTS EINGEFUEHRTEN MISSIONEN.

Nach einer uralten Rechtsansicht hatten die Kinder den nächsten Anspruch auf das väterliche Erbe. Sie brauchten nicht durch ein Testament berufen zu werden; eben so wenig bedurfte es von ihrer Seite einer besondern Antretung; sie waren ipso iure Erben; endlich machten sie selbst die Berufung eines Dritten unmöglich, so lange nicht ihre eigene Anwartschaft durch ausdrückliche Exheredation ausgeschlossen war. Diese Sätze suchten die Juristen der klassischen Zeit aus der Annahme eines den Kindern an dem väterlichen Vermögen zustehenden Miteigenthums zu erklären. Der Erwerb ipso iure wurde hiernach als Fortsetzung des schon zu Lebzeiten des Erblassers vorhandenen, jetzt aber durch seinen Tod von jeder Beschränkung befreiten Eigenthums aufgefasst; ebenso erklärte sich nun die Forderung der Exheredation aus der Nothwendigkeit, den bisherigen Eigenthümer auszuschliessen, um einem andern den Eintritt an dessen Stelle möglich zu machen. Man sieht, die Rechtsidee des condominium hatte keinen weitern Zweck als den einer prinzipiengemässen Begründung des überlieferten Systems.[1]) An ein wahres Miteigenthum zu Lebzeiten des Vaters wurde nie gedacht.

42. Die alte Rechtsansicht über die Succession der Kinder wiederholt sich in dem prätorischen Edikt. Hier wird allen denjenigen, welche in dem Kindesverhältniss zu dem Testator stehen, gleichviel ob sie der Klasse der sui heredes angehören oder durch irgend eine Endigung der väterlichen Gewalt aus derselben ausgetreten sind, für den Fall den Präterition

---

[1]) Fr. 11. De lib. et post. (XXVIII. 2.) Paulus libro II ad Sabinum. In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimabantur. — — Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa, licet non sint heredes instituti, tamen domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare quos et occidere licebat. — Fr. 1. § 12. De succ. ed. (XXXVIII. 9.) Vgl. Plinius, panegyricus c. 37.

die bonorum possessio contra tabulas versprochen. Noch mehr. In zwei Fällen sucht der Prätor die Erhaltung des väterlichen Erbguts durch die Aufstellung besonderer Rechtsmittel zu sichern. Das eine sorgt für den zukünftigen, bei'm Tode des Testators noch ungebornen Erben; das andere schützt das unmündige zur Selbstvertheidigung noch unfähige Kind gegen Angriffe auf sein Kindesverhältniss. Der zukünftige Erbe wird in der Person der schwangern Mutter in den Besitz der Erbschaft immittirt: missio in possessionem ventris nomine; der Unmündige dagegen erhält bis zum Eintritt der Pubertät die bonorum possessio carboniana. Beide Rechtsmittel dienen demselben Zweck; sie sorgen für die Erhaltung der bonorum possessio contra tabulas, das eine während der Schwangerschaft der Mutter, das andere während der Unmündigkeit des Kindes. Sie sind daher in dem Edikte nicht ohne Grund der bonorum possessio contra tabulas angereiht. Im Einzelnen dagegen herrscht die grösste Verschiedenheit. Jedes der beiden Rechtsmittel hat seine besonderen Ediktsworte, jedes seine besondere Interpretation, jedes seine besondere Ausdehnung, mit einem Worte jedes seine eigenthümliche Theorie. Sie können daher in der Darstellung nicht verbunden werden.

43. MISSIO IN POSSESSIONEM VENTRIS NOMINE.[1]

Die Ediktsworte:

VENTREM CUM LIBERIS IN POSSESSIONEM ESSE JUBEBO[2]

bildeten offenbar einen Anhang der prima pars edicti, in welcher die bonorum possessio contra tabulas versprochen wurde.[3]

---

[1] Schriften: Cuiacius ad tit. D. de ventre in possessionem mittendo et curatore eius (XXXVII. 9.) opp. t. VIII. p. 112—120. Glück, Erläuterung der Pandecten B. XVIII. S. 262—264.

[2] Fr. 121. De legat. I. (XXX.) Fr. 13. § 3. De manum. testam. (XL. 4.) Fr. 7. § 2. De ventre. Vgl. Valerius Maximus VII. 7.

[3] Das ergibt sich aus Fr. 1. pr. h. t. und aus Fr. 4. pr. De carbon. ed. (XXXVII. 10.) Hier bezeichnet Julian die clausula contra tabulas als prima, die clausula de carboniano dagegen als sequens pars edicti. Daher muss das edictum de ventre wie das delegatis præstandis nicht als eine besondere clausula, sondern vielmehr nur als Anhang der clausula contra tabulas angesehen worden sein; denn dass

Diese Verbindung machte die genauere Angabe der Bedingungen, unter welchen der schwangern Frau die Mission ertheilt werden sollte, entbehrlich. Es verstand sich von selbst, dass die Voraussetzungen der bonorum possessio contra tabulas vorhanden sein mussten:[4] also vor allem Präterition und Kindesverhältniss[5] dessen, mit welchem die Frau schwanger ist.[6] Suität war kein nothwendiges Erforderniss; auch die Frau des emancipirten Sohnes wurde zu der Mission zugelassen,[7] und zwar, wenn sie zur Zeit der Emanzipation bereits schwanger war, in das Vermögen des verstorbenen Mannes,[8] oder in Verbindung mit dem Manne in das Vermögen des Schwiegervaters.[9] Jeder Anspruch, ja sogar jede noch unentschiedene Aussicht[10] der zukünftigen Geburt auf die b. p. contra tabulas hatte eine entsprechende Einweisung der schwangern Mutter in die Erbgüter[11] ihres Kindes zur Folge.

Schon geborne Geschwister erhielten zu gleicher Zeit die erbrechtliche bonorum possessio; doch war diese Verbindung keine nothwendige Voraussetzung der Mission, so sehr auch die Wortfassung des Edikts: CUM LIBERIS in possessionem esse iubebo auf eine Bedingung der Art hinzuweisen schien. Daher konnte die schwangere Frau ihren Anspruch auch dann

---

es dem carbonianum voraufging, das zeigt schon die Stellung der Pandectentitel. Der Ausdruck prima pars edicti findet sich auch in Fr. 12. De carb. Fr. 2. § 1. Fr. 42. § 2. De bonis libert. (XXXVIII. 2.) Wenn es in Fr. 5. § 3. De carbon. (XXXVII. 10.) heisst: *omnium edictis* venter in possessionem mittitur, so wird dadurch die Anerkennung der Mission in den verschiedenen Provinzial-Edicten angedeutet.

4) Fr. 1. pr. h. t. — — vice contra tabulas bonorum possessionis.

5) Fr. 1. § 2. h. t.

6) Fr. 1. § 1. h. t.

7) Fr. 1. § 11. h. t.

8) Fr. 1. § 13. h. t. ex novo edicto. Vgl. Fr. 8. De coniungendis. (XXXVII. 8.)

9) Fr. 1. § 11. h. t. verglichen mit Fr. 7. De bon. poss. contra tab. (XXXVII. 4.)

10) Fr. 1. §§ 2—9. h. t. — — et sane benigniorem esse prætorem in hanc partem oportebit, ne, qui speratur, ante vitam necetur.

11) Fr. 1. pr. § 1. Fr. 6. Fr. 7. pr. § 2. Fr. 10. h. t. Fr. 2. § 11. Ad S. C. tert. (XXXVIII. 17.)

geltend machen, wenn gar keine Geschwister vorhanden,[12]) oder die vorhandenen nicht präterirt waren.[13])

Auf die Fortdauer der Ehe bis zu dem Tode des Mannes legte der Prätor gar kein Gewicht; nicht nur die Gemahlin, sondern jede Frau, welche mit einem künftigen Erben schwanger ist, selbst die abgeschiedene, hatte Ansprüche auf die Mission. Auch hierin war das Recht der b. p. contra tabulas maasgebend.[14])

44. Ueber die Dauer des Besitzes enthielt das Edikt keine ausdrückliche Bestimmung. Nun war freilich alles klar, sobald sich die Schwangerschaft als Täuschung erwies, oder mit einem abortus oder mit der Geburt eines Nichtberechtigten endigte.[1]) Wie aber, wenn das Kind successionsfähig war? In einem solchen Falle forderte man die Agnition der bonorum possessio.[2]) Die ordentliche volle Rechtshilfe machte die blos provisorische Mission entbehrlich. Damit ist jedoch die aufgeworfene Frage nicht erschöpfend beantwortet. Das Kind hatte ein volles Jahr zur Agnition.[3]) Eine gewisse Zögerung konnte daher kaum ausbleiben.[4]) Welches war nun das Rechtsverhältniss des Kindes in dieser Zwischenzeit, von dem Tage der Geburt bis zum Tage der Agnition? Unsere Quellen heben diese Möglichkeit nicht besonders hervor; und doch lag sie nahe. Die Praxis scheint sich hier in folgender Weise geholfen zu haben. Der Eingewiesene wurde nach der Beendi-

---

12) Fr. 7. § 2. h. t.

13) In diesem Falle ging man jedoch von der Strenge des Rechts ab, und gestattete auch den eingesetzten Geschwistern die b. p. contra tabulas noch vor der Entscheidung der Schwangerschaft. Fr. 4. § 3. De bon. poss. contra tab. und dazu Fr. 84. De acq. vel omitt. hered. (XXIX. 2.)

14) Fr. 1. §§ 10. 16. h. t. § 14.: — — uxor negetur vel nurus esse *vel fuisse*.

1) Fr. 1. §§ 4. 27. Fr. 2. h. t.

2) Fr. 10. h. t. Fr. 2. § 11. Ad S. C. tert. (XXXVIII. 17.)

3) Ulpian Fr. 28. § 10. Fr. 1. § 12. De succ. ed. (XXXVIII. 9.) Für den Pupill agnoscirt der tutor. Fr. 11. De auct. et cons. tut. (XXVI. 8.) Fr. 65. § 3. Ad S. C. treb. (XXXVI. 1.) Fr. 7. § 1. De bon. poss. (XXXVII. 1.) Fr. 8. 11. D. eod. L. 7. C. qui admitti. (VI. 9.)

4) Fr. 2. § 11. Ad S. C. tert. (XXXVIII. 17.)

gung seines Anspruches auf die Bitte der zunächst Berechtigten durch prätorischen Befehl ausgewiesen.[5]) Ein solches Gesuch hieng von der Delation der bonorum possessio ab, konnte mithin gegen den Neugebornen nicht vor der ausdrücklichen Repudiation oder vor dem Ablauf der für die Agnition festgesetzten Frist angebracht werden. In Folge dieses Verhältnisses erstreckte sich die Wirkung der Mission über die Zeit der Geburt hinaus bis zu der Entscheidung der bonorum possessio. Das Kind war nun in keinem Augenblicke schutzlos.

45. Der ausschliessliche Zusammenhang der Mission mit der Erbfolge gegen das Testament wurde späterhin aufgegeben. In dieser Entwicklung lassen sich verschiedene Stufen unterscheiden. Zunächst handelte es sich nur darum, die von Alters her allein berechtigten Personen auch dann zur Mission zuzulassen, wenn ihnen statt der Erbfolge gegen das Testament die bonorum possessio secundum tabulas oder intestati eröffnet war.[1]) Man begnügte sich mit der Qualität der Person, und erachtete die Successionsart für völlig gleichgiltig. Hierin lag schon eine wirkliche Gebietserweiterung. Es gab Verhältnisse, in welchen sich die Kinder auch ohne Exheredation von der b. p. contra tabulas ausgeschlossen sahen, dagegen zu der testamentarischen Erbfolge zugelassen wurden. So der durch Adoption in einen neuen Familienverband Aufgenommene gegenüber seinem leiblichen Vater.[2])

Zuletzt wurde auch der Kreis der berechtigten Personen erweitert. Das Kindesverhältniss war nicht länger erforderlich. Alle Klassen der Intestat-Erben,[3]) noch mehr selbst völlig Fremde, nur durch einen letzten Willen Berufbare,[4]) gelangten zu der gleichen Begünstigung. So war es zur Zeit der klassischen Juristen unbezweifelte Regel, dass jede Aussicht auf bonorum possessio den Anspruch auf Mission zu Gun-

---

[5]) Fr. 2. h. t. — — discedere debet.

[1]) Fr. 6. pr. De inoff. testam. (V. 2.)

[2]) Fr. 1. § 12. h. t. Vgl. Fr. 1. § 2. De coniungendis. (XXXVII. 8.)

[3]) Fr. 7. pr. h. t.

[4]) Fr. 6. h. t.

sten des noch ungebornen zukünftigen Erben in gleicher Weise begründete.[5]) Neben dieser Gleichstellung erhielten sich gewisse Verschiedenheiten von untergeordneter Bedeutung. Am günstigsten war das Rechtsverhältniss der Kinder. Ihre Mission wurde durch ein prätorisches Dekret ähnlich dem in Gemässheit des carbonianischen Edikts ertheilten, gegen Angriffe Dritter in Schutz genommen.[6]) An dieser Begünstigung hatten die übrigen Interessenten keinen Theil.[7]) Am unvortheilhaftesten waren die völlig Fremden gestellt. Ihre Mission verlangte den Beweis gänzlicher Nahrungslosigkeit der Mutter.[8])

46. Mit der Immission erhält die schwangere Frau das Recht, den standesgemässen Unterhalt[1]) des zukünftigen Erben[2]) aus dem Nachlass zu bestreiten. Diese Auslage gilt als eine Schuld der Erbschaft.[3]) Entschädigungspflicht wird daher nur für den Fall absichtlicher Täuschung von Seite der eingewiesenen Frau[4]) angenommen. Die Geburt eines Unberechtigten begründet keine Rückforderung. Es ist besser, dass auch ein solcher ernährt, als dass dem wirklichen Erben die Alimentation entzogen werde.[5])

---

5) Fr. 10. h. t.

6) Fr. 1. § 14. Fr. 7. § 1. h. t. Fr. 3. § 3. Ne vis fiat ei. (XLIII. 4.) Das Genauere über diese Ausdehnung des carbonianum wird in der Behandlung dieses Rechtsmittels vorkommen. §§ 47. sqq.

7) Fr. 7. § 1. h. t.

8) Fr. 6. h. t. verglichen mit Fr. 5. pr. h. t.

1) Fr. 1. § 19. Fr. 4. h. t.

2) Fr. 5. pr. h. t. — videntur quæ ita præstantur, ipsi præstari qui in utero est.

3) Fr. 9. h. t. Cum venter mittitur in possessionem, quod in ventris alimenta deminutum est, *detrahitur velut æs alienum.*

4) Fr. 1. § 28. Fr. 3. h. t. Vgl. Fr. 1. § 3. Si mulier. Die Rückforderung geschieht durch die condictio sine causa, quasi sine causa alta sit mulier. Ueberdiess verspricht der prætor dem Nächstbetheiligten eine actio in factum pœnalis auf das ganze Interesse. Fr. un. Si mulier. Eine ähnliche, jedoch nicht pönale, ist für den Fall doloser Uebertragung des Besitzes auf einen Unberechtigten eingeführt. tit. D. si ventris nomine.

5) Fr. 1. §§. 2. 3. h. t. — satius est enim, sub incerto eius, qui edetur, ali etiam eum, qui exheredatus sit, quam eum qui non sit exheredatus, fame necari ratumque esse debet, quod deminutum est, quamvis is necatur qui repellitur. Fr. 2. 6. h. t. Fr. 1. § 7. Si mulier ventris nomine.

Für den Unterhalt des Kindes sorgt der curator ventris,[6]) für die Erhaltung des Vermögens im Interesse des nächstberechtigten Erben und der Gläubiger durch custodia[7]) und mit Hilfe einer beschränkten administratio[8]) der curator bonorum, unter persönlicher Verantwortlichkeit.[9]) Der erste wird in Gemässheit einer ausdrücklichen Vorschrift des Edikts,[10]) der letztere nach der Analogie der Erbeseinsetzung unter einer Bedingung,[11]) aufgestellt, beide der Uebung gemäs auf die Bitte der Eingewiesenen.[12]) Zur Zeit Ulpians begnügte sich die Praxis, sobald es die Betheiligten zufrieden waren, mit der Bestellung eines einzigen curator, der die Funktionen beider in seiner Person vereinigte.[13]) Man sprach jetzt schlechtweg von einem curator,[14]) zuweilen auch von einem curator ventris, wo es vollständig curator ventris et bonorum hätte heissen müssen. Aus diesem Redegebrauch ergiebt sich, dass diejenigen Stellen, in welchen dem curator ventris einzelne Bestandtheile der Administration beigelegt werden,[15]) doch nur von dem curator bonorum zu verstehen sind; denn nur dieser hatte die Verwaltung, so weit sie zur Erhaltung des Vermögens erforderlich war.

Unterblieb die Bestellung des curator, so wurden die Gläu-

---

6) Fr. 1. § 19. Fr. 5. pr. h. t. Fr. 1. § 4. De muner. et honor. (L. 4.)

7) Fr. 48. De admin. et peric. tutor.

8) Sie enthält das Recht der Veräusserung aller der Deterioration ausgesetzten Sachen Fr. 48. De admin. et peric. und die Geltendmachung der Klagen, wo die Unterbrechung der Usucapion oder der Klageverjährung sie erfordert. Fr. 1. §§ 21. 22. h. t.

9) Fr. 1. §§ 17. 23. h. t.

10) Fr. 20. pr. De curat. et tutor. (XXVI. 5.) Ventri tutor a magistratibus populi romani dari non potest; nam de curatore constituendo edicto comprehensum est.

11) Fr. 1. pr. § 1. De curat. bonis dando. (XLII. 7.) Fr. 23. §§ 2. 3. De hered. instit. (XXVIII. 5.)

12) Fr. 1. §§ 17. 24. h. t.

13) Fr. 1. § 18. h. t.

14) Fr. 1. §§ 19. 21—24. 26. h. t.

15) Fr. 5. § 1. h. t. Fr. 23. § 3. De hered. instit. (XXVIII. 5.) Fr. 1. § 2. De curat. bonis. (XLII. 7.) Fr. 1. § 4. De muner. et honor. (L. 4.) Fr. 48. De admin. et peric. tut. (XXVI. 7.)

biger zu ihrer Sicherheit mit immittirt;[16]) der nächstberechtigte Erbe dagegen war auf die Inventur[17]) und die Bestellung einer Wache beschränkt, wo diese, wie z. B. vor der Ernte oder der Weinlese nicht entbehrt werden konnte.[18]) Von einer Satisdation der Frau war keine Rede; dadurch unterschied sich die missio ventris nomine von der missio ex carboniano.

47. MISSIO EX CARBONIANO EDICTO.[1])

Unmittelbar nach dem Abschnitt über die bonorum possessio contra tabulas war das carbonianische Edikt eingeschaltet.[2]) Es lautete folgendermassen:

SI CUI CONTROVERSIA FIET AN INTER LIBEROS SIT ET IMPUBES SIT CAUSA COGNITA PERINDE POSSESSIONEM DABO AC SI NULLA DE EA RE CONTROVERSIA ESSET ET JUDICIUM IN TEMPUS PUBERTATIS CAUSA COGNITA DIFFERAM.[3])

Schon die äussere Verbindung dieses Abschnitts mit der bonorum possessio contra tabulas erhebt dessen Bestimmung über allen Zweifel. Das carbonianische Edikt hat für den Unmündigen dieselbe Bedeutung, wie für den Ungebornen die missio ventris nomine. Es dient zum Schutz der Erbfolge gegen das Testament. Daher steht es nur denjenigen Personen zu, welchen die bonorum possessio contra tabulas ange-

---

[16]) Fr. 1. § 17. h. t. in custodia bonorum esse.

[17]) Fr. 1. § 24. verglichen mit § 26. h. t.

[18]) Fr. 1. § 25. h. t.

[1]) Quellen: tit. D. de carboniano edicto (XXXVII. 10.) tit. C. de carbon. ed. (VI. 17.) tit. Th. C. de carbon. ed. (IV. 3.) Paulus R. S. lib. III. tit. 1. Schriftsteller: Cuiacius ad tit. D. opp. t. VIII. p. 120—133. v. Löhr, Magazin für die Philosophie u. Geschichte d. Rechts B. II. S. 451—459. Förster, de bonorum possessione contra tabulas p. 202. sqq. Fabricius, historische Forschungen im Gebiete des römischen Privatrechts. S. 168—184. v. Vangerow, Leitfaden, B. II. S. 380—385. Huschke, in der Recension von Fabricius, historische Forschungen, in Richters Jahrbüchern. B. V. S. 28—31. Rudorff, über das Interdict Quam hereditatem, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. B. IX. §. 37—46.

[2]) Oben § 43. n. 3.

[3]) Fr. 1. pr. h. t.

boten wird;[4]) daher wird es auch durch eine giltige[5]) Exheredation ausgeschlossen;[6]) daher endlich ist es auf den Erbschaftsstreit über den väterlichen Nachlass beschränkt und bei dem mütterlichen oder brüderlichen Vermögen von vornherein unanwendbar.[7])

Diese Bestimmungen wurden durch die Thätigkeit der Juristen nach und nach in mehreren Punkten modificirt. Wir übergehen vorerst diese Abweichungen, und wollen es versuchen, die wahre Bedeutung der carboniana bonorum possessio an dem einfachsten Falle ihrer Anwendung zu erläutern.

48. Zwei Erbprätendenten stehen einander gegenüber. Der Eine stützt seinen Anspruch auf das Testament, der Andere, ein unmündiger präterirter Sohn des Erblassers, nimmt die Erbfolge gegen den letzten Willen in Anspruch und agnoscirt zu dem Ende die ihm angebotene bonorum possessio contra tabulas. Nach diesen Vorbereitungen kommt es nun zum Prozess. Je nach Lage der Besitzverhältnisse unter den Partheien wird entweder der eingesetzte Erbe mit der civilen oder der präterirte impubes mit der possessorischen hereditatis petitio gegen seinen Gegner auftreten. Der Einfachheit wegen beschränken wir uns auf die Betrachtung des letztern Falls. Der Testamentserbe ist im Besitz, gegen ihn tritt der präterirte unmündige Sohn mit der hereditatis petitio possessoria auf. Die Durchführung dieser Klage verlangt nicht nur den Beweis der geschehenen Agnition, sondern auch den der Berechtigung zu derselben, vor allem also die Darlegung des Sohnsverhältnisses und die Präterition im väterlichen Testamente. Die Vertheidigung des Beklagten kann sich auf jeden dieser beiden Punkte werfen. Entweder mag das Kindesverhältniss in Abrede ge-

---

4) Fr. 1. § 3. Fr. 3. pr. h. t.

5) Beispiele des Gegentheils finden sich in Fr. 1. § 9. Fr. 7. § 6. h. t. Vgl. Fr. 8. §. 2. De bon. poss. contra tab. (XXXVII. 4.)

6) Fr. 1. §§ 8. 9. h. t. (und dazu Fr. 14. § 2. De lib. et post. XXXVIII. 2.) Fr. 11. h. t. Daher lässt sich die querela inofficiosi testamenti nie mit dem carbonianum verbinden. Fr. 20. De inoff. test. (V. 2.)

7) Die Belege hiefür unten § 60. n. 5—9.

stellt oder die Präterition geläugnet werden.[1]) Geschieht das Letztere, so nimmt der Prozess seinen regelmässigen Fortgang. Anders im ersten Falle. Die Bestreitung des Kindesverhältnisses tritt den wichtigsten Interessen des Unmündigen so nahe, dass sich der Prätor nicht dazu verstehen mag, die Vertheidigung desselben gegen einen solchen Angriff fremden Händen zu überlassen,[2]) der Prozess wird daher bis zum Eintritt der Pubertät verschoben, und der Unmündige für die Zwischenzeit zum bonorum possessor carbonianus gemacht, diese beiden Maasregeln verspricht der Prätor in dem oben abgedruckten Ediktsabschnitte. Wir lassen die eine derselben, die Verschiebung des Erbschaftsstreites, einstweilen bei Seite, und fragen einzig und allein nach dem Gehalte und der Bedeutung der zweiten, nämlich der bonorum possesio. Es scheint nun vor allem höchst sonderbar, dass in *einer* Person zwei verschiedene bonorum possessiones verbunden werden: die b. p. contra tabulas und die carboniana. Um dieser Cumulation zu entgehen, bestritt man der carboniana den Charakter einer wahren erbrechtlichen bonorum possessio und verstiess sie in die Reihe der blossen missiones in bona, sie wurde ein Analogon der missio ventris nomine.[3]) Diese Annahme scheitert jedoch an der grossen Bestimmtheit unserer Quellenzeugnisse und an der Fassung des Ediktes selbst, welches nicht von einer missio, sondern von einer possessio spricht. An dem erbrechtlichen Charakter der carboniana possessio kann in der That nicht gezweifelt werden, und so ist es auch eine unbestrittene Thatsache, dass der Unmündige zweimal die bonorum possessio erhält, einmal durch einfache Agnition ex edicto, das zweitemal durch prätorisches Dekret nach der Vorschrift (ad formam) des Edikts.[4]) Diese Wiederholung hat gar nichts Widersinni-

[1]) Fr. 7. § 2. h. t. und zur Vergleichung Fr. 1. § 10. h. t. In Fr. 7. § 2. c. dürfte wohl statt: controversiam pubertatis differri, controversiam *in tempus* pubertatis differri zu lesen sein.

[2]) Quum metus esse possit ne minus idonee defendatur Fr. 1. § 11. h. t.

[3]) So besonders von Löhr a. a. O.

[4]) L. 1. C. h. t. secundum formam edicti carboniani data bonorum possessione.

ges, nichts contra rationem iuris. Die beiden possessiones sind in ihren Vorbedingungen, ebenso in ihren Wirkungen so völlig verschieden, dass die eine die andere weder ersetzt noch überflüssig macht. In einem Punkte namentlich zeichnet sich die carboniana possessio vor der ordinaria aus. Sie erscheint in Verbindung mit einer Präsumption, welche die hereditatis petitio sofort zu Gunsten des Unmündigen entscheidet. Das Sohnsverhältniss wird einstweilen als unbestritten, mithin das Erbfolgerecht des Klägers als erwiesen angesehen. Fortan ruht auf dem Beklagten die Pflicht zur Restitution, nicht anders als wäre der Prozess bis zu Ende durchgeführt und zuletzt gegen ihn entschieden worden. Hierin liegt der eigentliche Vorzug der carboniana possessio. Der Unmündige gewinnt durch sie einen Anspruch, wie ihn die edictalis bonorum possessio nicht geben konnte: den Anspruch auf Restitution, mithin auf Besitz der streitigen Erbschaft in ihrem ganzen Umfang.

49. Mit der Einräumung des Rechts ist jedoch dem Kläger noch nicht geholfen. Er bedarf auch eines Rechtsmittels zur Erlangung des Besitzes. Diess Bedürfniss konnte auf verschiedene Weise befriedigt werden. Dem Prätor standen mehrere Rechtsmittel zu Gebote. Das gelindeste, schonendste unter allen war unzweifelhaft der einfache Befehl auf Restitution, geschützt durch ein Interdict, strenger und wirksamer die Einweisung in den Besitz, verbunden mit dem interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est.[1]) Dieser letztere Weg wurde eingeschlagen. Er musste sich gerade durch seine Strenge empfehlen.[2]) Der Unmündige schien im höchsten Grade des Schutzes zu bedürfen. Die Quellen lassen hierüber kei-

---

[1]) Fr. 52. § 2. De acq. vel am. poss. (XLI. 2.) (Venuleius lib. I. interdictorum.) Species inducendi in possessionem alicuius rei est, prohibere ingredienti vim fieri, statim enim cedere adversarium et vacuam relinquere possessionem iubet: quod multo plus est quam restituere.

[2]) Die prohibitorischen Interdicte führten immer zu einer sponsio. Gaius IV. §§ 162—165. fragm. vindob. von Endlicher in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft B. IX. S. 4. 27. n. 1.

nen Zweifel. Sie nennen den carbonianus bonorum possessor öfters selbst einen missus in possessionem. Besondere Berücksichtigung verdient der Umstand, dass in keiner der hieher gehörigen Stellen[3]) von einem besondern Missionsdekrete die leiseste Erwähnung geschieht. Es ist daher zu behaupten, dass schon die Ertheilung der carboniana possessio die Mission in sich trug;[4]) der Wille des Prätors lag in diesem ersten Dekrete klar und deutlich ausgesprochen; einer besondern Einweisung bedurfte es nicht.[5])

Der Erwerb des Besitzes war das Einzige, was der Prätor durch die Ertheilung der carboniana bonorum possessio erzielte. Der Schutz des Minderjährigen verlangte nichts weiter und das Recht des Gegners erlaubte nicht mehr. Jede Ertheilung eines höhern Anspruchs an den Unmündigen hätte eine wahre Beeinträchtigung des im Testament eingesetzten Erben enthalten. Es galt daher als ein arglistiger Missbrauch der in der carboniana bonorum possessio liegenden Begünstigung, wenn der Minderjährige, statt sich mit dem Erwerb des Besitzes zu begnügen, das Eigenthum der Erbschaftsstücke, als wäre ihm dieses durch die carbonianische Präsumption zugesprochen, zu vindiciren unternahm. Er wurde von seinem Gegner, dem Testamentserben, durch eine doli exceptio abgewiesen. So entscheidet Julian in folgender mehrfach zu berücksichtigenden Stelle:

Ulpianus libro XLI ad edictum.

In Fr. 3. § 13. De carboniano edicto.

Missum autem ex carboniano in possessionem student prætores possessorem constituere.[6]) Quodsi cœperit aut hereditatem petere quasi bonorum possessor carbonianus, aut singulas res, rectissime Iulianus libro vicesimo quarto digestorum scribit, exceptione eum summovendum; contentum enim esse debere hac prærogativa, quod possessorem eum prætor tantisper constituat; si igitur vult heredita-

[3]) Fr. 3. § 13. Fr. 5. § 3. Fr. 6. § 6. Fr. 7. § 5. h. t.

[4]) Vgl. Fr. 1. § 1. h. t.

[5]) Gegen die Mission lässt sich auch nicht L. 1. C. h. t. anführen; denn die Worte: rerum — *restitutionem* postulari bezeichnen die Forderung des Sohnes und lassen die Rechtshilfe des Magistrats völlig unbestimmt.

[6]) Vgl. Fr. 9. h. t. L. 2. C. h. t.

tem aut singulas res petere, petat, inquit, directa actione quasi heres, ut ea petitione iudicari possit, an quasi ex liberis heres sit, ne præsumptio carbonianæ bonorum possessionis iniuriam adversariis afferat. Quæ sententia habet rationem et æquitatem.

Julians Behauptung theilt sich in zwei Sätze, einen negativen und einen positiven. In dem erstern wird der Missbrauch der carboniana b. p. verworfen; dieser Theil bestätigt vollkommen unsere obige Darstellung; — in dem zweiten dagegen werden diejenigen Rechtsmittel bezeichnet, mit welchen der Unmündige jene seine weiter gehenden Ansprüche zu verfolgen hat. Julian verweist ihn auf die direkten in rem actiones: vindicatio und hereditatis petitio (civilis oder possessoria je nach Lage der Sache). Für die Durchführung dieser Klage ist die carbonianische Präsumption ohne Gewicht. Das Kindesverhältniss gilt nicht von vornherein als erwiesen, der Sieg daher auch nicht ohne Beweis als entschieden. Die Erbberechtigung muss von dem Unmündigen ebenso vollständig dargethan werden, wie von einem andern Kläger, dem kein carbonianum zur Seite steht.

Die doli exceptio, mit welcher Julian dem Missbrauch der carboniana bonorum possessio begegnet, war nur bis zu der definitiven Entscheidung des Erbschaftsstreites erforderlich. Später half der Prätor durch die Denegation der carbonianischen Klagen. So entscheidet derselbe Julian in einem Fragment, das nur dem kleinsten Theile nach hieher gehört.

Iulianus libro XXIV digestorum.

In Fr. 4. De carbon. edict.

Quam (sc. bonorum possessionem ex carboniano) quum acceperit, perpetuo possessoriis actionibus utetur; sed si post pubertatem contra eum iudicatum fuerit, denegabuntur ei actiones.

Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, dass unter den possessoriæ actiones die mit jeder bonorum possessio verbundenen Rechtsmittel, das interdictum quorum bonorum und die hereditatis petitio possessoria zu verstehen sind.[7]) Diese kom-

[7]) Derselbe Ausdruck findet sich mit derselben Bedeutung in Fr. 50. § 2. De bon. libert. (XXXVIII. 2.)

men nicht nur während der Unmündigkeit zur Anwendung; sie können auch nach der Entscheidung des Erbschaftsstreites geltend gemacht werden, jetzt aber nur unter der Bedingung, dass das Urtheil zu Gunsten des carbonianus possessor ausgefallen ist. Unterlag der Unmündige, so werden ihm fortan die Klagen verweigert und der Gegner auf diese wirksamere Weise gegen Beeinträchtigung in Schutz genommen.

Das Resultat des Bisherigen können wir in folgenden Satz zusammenfassen: die Wirkung der carboniana bonorum possessio besteht in dem unmittelbaren Anspruch auf Uebertragung des Erbschaftsbesitzes; dieser wird durch die Annahme einer Mission und die Einräumung der hiefür aufgestellten Rechtsmittel durchgeführt.

50. Die Betrauung des Unmündigen mit dem Erbschaftsbesitz während der ganzen Zeit der Impubertät kann dem testamentarischen Erben sehr gefährlich werden. Seine rechtlichen Ansprüche auf die Erbschaft sind allerdings in keiner Weise beeinträchtigt; nach dem Eintritt der Mündigkeit steht die Wiederaufnahme des Prozesses offen, und dann hat die carbonianische Präsumption keine weitere Anwendung. Allein der Unmündige kann seinen Besitz zu der Beschädigung und Verminderung der Masse missbrauchen, und sich auf diese Weise die endliche Restitution der streitigen Erbschaft an den siegreichen Testamentserben unmöglich machen. Gegen diese so nahe liegende Gefahr bedarf der Gegner des Schutzes. Er wird ihm nicht versagt. Der Unmündige leistet eine durch Bürgen bestärkte Caution. Es ist dieselbe, welche bei jeder actio in rem der beklagte Besitzer dem Kläger zu bestellen hat: die cautio iudicatum solvi, wenn mit der formula petitoria, pro præde litis et vindiciarum, wenn per sponsionem geklagt wird.[1]) Das carbonianische Edikt erwähnt dieser Verpflichtung des Unmündigen nicht. Eine diessfallsige besondere Bestimmung wäre in der That überflüssig gewesen. Der Abschnitt des Edikts über die Cautionspflicht des Besitzers bei der

[1]) Gaius IV. § 91.

in rem actio[2]) genügte auch für den carbonianischen Erbschaftsbesitz. Die Verhältnisse beider Fälle sind völlig entsprechend; nur dass sich der Besitz des Unmündigen mit einer Aufschiebung des Rechtsstreites verbindet, welche den regelmässigen Fällen der hereditatis petitio fremd ist. Nicht dieselbe Uebereinstimmung findet sich in den Folgen der verweigerten Caution. Hier erforderte die Eigenthümlichkeit des carbonianischen Edikts eine nicht unwichtige Modifikation. In der Regel nämlich wurde der Besitz des Beklagten auf den Kläger übertragen, bei der vindicatio singularum rerum selbst dann, wenn der Empfänger seinerseits auch nicht cavirte, bei der hereditatis petitio dagegen nur gegen Caution von Seite des petitor.[3]) Diese translatio possessionis konnte gegen den pupillus indefensus[4]) nicht zur Anwendung kommen. Sie hätte diesem die Begünstigung des carbonianum völlig entzogen, mithin das Privilegium durch eine allgemeine Rechtsbestimmung vernichtet. So weit wagte sich die Interpretation nicht. Man verband die beiden Rechtsbestimmungen in folgender Weise: der testamentarische Erbe wurde mit immittirt, mochte er caviren oder nicht; die beiden streitenden Partheien waren fortan zugleich im Besitz: der Unmündige ex carboniano, sein Gegner an Cautionsstatt. Die beidseitigen Interessen fanden in dieser Verbindung die gröstmögliche Schonung.[5])

Es ist zu bemerken, dass sich der Prätor auch hier wieder

---

[2]) L. un. C. uti poss. satisdationis vel transferendæ possessionis *edicti perpetui forma* servata.

[3]) Paulus R. S. lib. I. tit. 11. § 1. Vgl. Rudorff, das interdictum quem fundum. S. 38. 39.

[4]) Fr. 5. § 1. h. t. si pupillus *non defendatur*. — Dieser Ausdruck non defendatur hat bei den in rem actiones, also auch bei dem carbonianischen Erbschaftsprocess eine ganz bestimmte Bedeutung. Er bezieht sich auf die Nichtbestellung der von dem Besitzer verlangten Caution Fr. vat. § 92. A quo ususfructus petetur, si rem nolit defendere. Fr. 45. De damno inf. (XXXIX. 2.) A quo fundus petetur, si rem nolit (sc. defendere), beidemal als Ueberschrift eines Abschnittes. Fr. 15. De op. nov. nunt. (XXXIX. 1.) nec res ab eo defenderetur — eo non defendente — Fr. vindob. II. l. 20., in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. IX. S. 6.: nec lis defendatur.

[5]) Fr. 1. § 1. Fr. 3. § 5. Fr. 5. §§ 1. 2. h. t. L. 1. C. h. t.

einer Mission bediente, während die regelmässige translatio possessionis wegen nicht geleisteter Caution bei der hereditatis petitio auf schonendere Weise, nämlich durch das restitutorische interdictum Quam hereditatem, so wie bei der vindicatio singularum rerum durch das völlig analoge interdictum Quem fundum herbeigeführt wurde.[6])

51. Durch die Bestellung der Caution war das Recht der interimistischen Erbschaftsverwaltung bedingt. Der ausschliessliche Besitz und die ausschliessliche Administration hingen in gleicher Weise von der Leistung der Satisdation ab. Unter den Verwaltungsbefugnissen werden folgende als besonders wichtig hervorgehoben: der Unmündige kann die verschiedenen in der Erbschaft enthaltenen Klagen in rem sowohl als in personam anstellen,[1]) von seinen Brüdern Collation verlangen,[2]) alle die Erbschaft belästigenden Sachen veräussern,[3]) endlich den ganzen Betrag der zu seinem Unterhalte erforderlichen Kosten aus dem Nachlass beziehen, ohne irgend eine Verpflichtung zur Restitution derselben im Fall eines ungünstigen Urtheils.[4]) Umgekehrt wird er zur Uebernahme sämmtlicher Erbschaftsklagen verpflichtet.[5])

Ist es wegen nicht geleisteter Caution zur Mitimmission des Gegners gekommen, so wird die Administration je nach Umständen auf diesen oder auf einen zu dem Ende bestellten Curator übertragen; jenes, sobald der miteingewiesene Gegner seinerseits cavirt,[6]) dieses wenn keine der streitenden Partheien Satisdation leistet.[7]) Zu Gunsten des Unmündigen ist

---

6) Fr. vat. § 92. Fr. vindob. II. l. 20. in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. IX. S. 6.

1) Fr. 15. h. t. Vgl. Fr. 5. § 1 h. t.

2) Fr. 15. h. t. Anders bei der missio ventris nomine. Fr. 12. De collat. (XXXVII. 6.)

3) Vgl. Fr. 5. § 2. in fine. h. t.

4) Fr. 5. § 3. Fr. 6. § 5. h. t.

5) Fr. 5. § 1. in fine. h. t.

6) Fr. 5. § 2. h. t. Jedoch ist die dem Mitimmittirten ertheilte Administration eine viel beschränktere als die des pupillus oder des curator. Fr. 5. § 4. Fr. 6. § 4. h. t.

7) Fr. 5. §§ 1. 5. h. t. Fr. 1. § 4. De muner. et honor. (L. 4.)

in einem besondern Fall eine Ausnahme von diesen Grundsätzen zugelassen. Der Pupill darf nämlich auch ohne Caution seinen Unterhalt aus der Erbschaft beziehen, sobald ihm die Leistung derselben aus Dürftigkeit unmöglich wurde.[8])

52. Besondere Berücksichtigung verdient die gleichzeitige Immission mehrerer Personen. Diese kann in doppelter Weise vorkommen: bald werden die beiden Gegner, bald mehrere zu gleicher Zeit angegriffene Geschwister in den Besitz eingewiesen. Wir beginnen mit der Betrachtung des zweiten Falls. Die carboniana bonorum possessio des einen Bruders hat für den andern keine Bedeutung. Jeder muss dieselbe für sich besonders erwerben. Jeder erhält aber alsdann die Mission in den ganzen Nachlass, nicht etwa nur in einen seinem Erbsanspruch entsprechenden Theil. Jeder sieht sich daher auch zur Vertretung der ganzen Erbschaft genöthigt.

Fr. 7. § 5. De carbon. edict.

Cum autem ex duobus fratribus ex hoc decreto missis alter pro parte sua paternam hereditatem non defendit, compellitur alter totam defendere, aut universa creditoribus cedere.

Die gleichzeitige Immission der beiden streitenden Theile setzt entweder Verweigerung der Caution von Seite des Unmündigen oder gleiche Berechtigung beider Partheien voraus. Der erste dieser Fälle ist uns aus der obigen Darstellung bereits bekannt; der zweite tritt dann ein, wenn ein Bruder dem andern Kindesverhältniss und Erbrecht streitig macht.[1]) Auch hier erstreckt sich die Detention beider Theile auf den ganzen Nachlass,[2]) vorausgesetzt dass über den ganzen, und nicht etwa nur über einen Theil gestritten wird.[3])

---

[8]) Fr. 5. § 3. h. t.

[1]) Fr. 5. pr. h. t. Sed si is, qui controversiam impuberi facit, ex liberis sit, eveniet, ut, sive caveat hic, cui status fit controversia, sive non caveat, attamen simul sit in possessione.

[2]) Das beweisen die Worte des Fr. 5. pr. c. «simul sit in possessione.» Puchta, Pandecten, zweite Ausgabe. § 520. c. scheint jene Stelle anders aufzufassen.

[3]) Fr. 3. § 10. h. t. de parte enim utique nec litigatur.

53. Mit dem Eintritt der Mündigkeit hört die carboniana bonorum possessio auf, wirksam zu sein; an ihre Stelle tritt nun der gewöhnliche Erbschaftsprozess. In diesem bestimmt sich die Vertheilung der Partheirollen ganz nach den allgemeinen Grundsätzen. Der carbonianus bonorum possessor ist Beklagter, wenn er entweder schon früher cavirt hat, oder jetzt zu caviren sich bereit erklärt. Bei fortgesetzter Weigerung tritt Uebertragung des Besitzes und somit Wechsel der Partheirollen ein,[1]) diess jedoch nur dann, wenn der Gegner seinerseits Satisdation leistet. Das war anerkannter Grundsatz bei jeder hereditatis petitio.[2]) Alle diese Bestimmungen setzen jedoch den Uebergang des Besitzes vor Beendigung der Impubertät, mit andern Worten: die wirkliche Ausübung der Mission voraus. War die Uebertragung des Nachlasses beim Eintritt der Mündigkeit noch nicht erfolgt, so sah sich der bisherige carbonianus bonorum possessor zu der Rolle des Klägers in dem bevorstehenden Erbschaftsstreit verurtheilt. Die nicht benützte Mission blieb ohne alle Wirkung. Genau so entscheidet Scävola in Fr. 14 De carbon. edict.

Quæritur: an impubes, qui bonorum possessionem ex carboniano accepit, si ante, quam possessio ad eum translata fuerit, pubes factus sit, petitoris partibus fungi debeat? Respondit: in eo, quod a possessore peteret, probationem ei incumbere.

Die Fassung dieses kurzen responsum verliert alles Räthselhafte, wenn wir die Möglichkeit einer beim Eintritt der Mündigkeit theilweise erfolgten Restitution der Erbschaft ins Auge fassen. Für den noch nicht übertragenen Theil tritt der Unmündige in die Rolle des Klägers, für den übrigen in die Rolle des Beklagten, vorausgesetzt, dass von jeder der beiden Partheien die verlangte satisdatio iudicatum solvi geleistet wird.

54. Die ausschliessliche Richtung der bonorum possessio carboniana auf den Erwerb des Erbschaftsbesitzes musste auch

---

[4]) Fr. 6. § 6. h. t.

[5]) Paulus R. S. lib. I. t. 11. § 1.

über ihre Bedeutung für das successorische Edikt entscheiden. Zwei Gesichtspunkte standen sich hier gegenüber. Nach dem einen schien die rechtliche Natur, nach dem andern die praktische Bedeutung der bonorum possessio carboniana den Ausschlag geben zu müssen. Nach jenem sah sich der Hintermann des Unmündigen stets ausgeschlossen, nach diesem nur dann, wenn mit der carboniana auch die ordinaria b. p. agnoscirt worden war. In dem letzten Sinne entschieden die römischen Juristen.

Ulpianus libro XLIV ad edictum.

In Fr. 1 § 4 Si tabulæ testamenti nullæ (XXXVIII. 6.)

Sed et si ex carboniano edicto bonorum possessio data sit, magis est ut dicere debeamus, ab intestato nihilominus posse peti; ut enim suo loco ostendimus, non impedit bonorum possessionem edictalem carboniana bonorum possessio.

In Uebereinstimmung mit diesem Grundsatz wird der Unmündige angewiesen, die Agnition der bonorum possessio ordinaria nicht zu versäumen.

Ulpianus libro XLI ad edictum.

In Fr. 3. § 15 De carbon. edict.

Sed oportebit hunc, qui se filium dicit, non solum carbonianam bonorum possessionem accipere, verum etiam ordinariam agnoscere.

Beide bonorum possessiones sind an die Beobachtung einer Jahresfrist gebunden.[1]) Diese ist aber für die decretalis b. p. länger als für die edictalis, weil die Utilität in beiden Fällen nach verschiedenen Voraussetzungen berechnet wird.[2]) Eine noch bedeutendere Abweichung ergiebt sich aus dem verschiedenen Anfangspunkt beider Fristen. Das Jahr der ordinaria läuft von dem Tage, an welchem der Unmündige den Tod seines Vaters erfährt; das Jahr der carboniana dagegen beginnt mit der ersten Kenntniss des erhobenen Widerspruchs.[3]) Fallen beide Anfangspunkte auf denselben Tag, so läuft die Jahres-

[1]) Fr. 3. § 14. h. t.
[2]) Fr. 2. § 1. Quis ordo (XXXVIII. 15.)
[3]) Fr. 3. § 16. h. t.

frist für beide bonorum possessiones auch zu gleicher Zeit zu Ende. Erreicht dagegen die Nachricht der controversia den Unmündigen später als die des Todes, so steht die bonorum possessio carboniana auch noch zu einer Zeit offen, in welcher die ordinaria nicht mehr agnoscirt werden kann. Diese beiden Fälle werden von Julian in Fr. 4 De carbon. edict. folgendermassen dargestellt:

Ideo si ex prima parte edicti bonorum possessionem non petierit, alias poterit ex sequenti parte edicti ad exemplum carboniani accipere bonorum possessionem, alias non poterit, Nam si confestim post patris mortem controversia ei facta fuerit, an inter liberos bonorum possessionem accipere possit, simul ad utriusque edicti causam annus cessisse videbitur. Si vero interposito tempore scierit controversiam sibi moveri, poterit etiam finito tempore, intra quod ex prima parte bonorum possessionem acceperat, ex sequenti bonorum possessionem petere.

Der gleichzeitige und der successive Beginn beider Fristen wird von Julian mit zwei verschiedenen Voraussetzungen in Verbindung gebracht: die Gleichzeitigkeit mit dem Versäumniss, die Succession mit der Beobachtung der rechtzeitigen Agnition. Diese doppelte Verbindung erklärt den Uebergang von dem «*non petierit*» am Eingang der Stelle zu dem «*acceperat*» am Ende derselben. Die Voraussetzungen des Falles werden plötzlich geändert. Der Unmündige, welcher zuerst die Agnition der bonorum possessio ordinaria versäumt, beobachtet sie in dem zweiten Falle. Der logische Zusammenhang der Darstellung wird durch diesen Wechsel allerdings gestört und das Bestreben mancher Schriftsteller, ihn durch die Ausmerzung des *non* vor petierit wieder herzustellen,[4]) ist sehr leicht erklärlich. Nichts desto weniger muss jede Textesveränderung verworfen werden. Der Sinn erfordert sie nicht, und die Consequenz der Darstellung ist kein hinreichender Grund sie zu rechtfertigen.

Hat der Unmündige die ihm angebotene bonorum possessio

---

[4]) S. die Schriftsteller bei v. Vangerow a. a. O.

contra tabulas nicht agnoscirt, so kommt die Reihe nunmehr an die durch das Testament berufenen Erben. So kann der Fall eintreten, dass der präterirte Sohn und der eingesetzte Erbe das Recht der bonorum possessio nebeneinander an demselben Nachlass erhalten: der erstere ex carboniano, der zweite durch die Agnition der bonorum possessio secundum tabulas. Auch diese Consequenz wird von Julian in folgender vielbesprochenen Stelle bestätigt:

Julianus libro XXIV digestorum.

In Fr. 7 § 8. De carbon. edict.

Quæsitum est, an simul et pupillus ex carboniano, et scripti heredes secundum tabulas bonorum possessionem haberent? Respondi: si filius non esset, aut non accepisset contra tabulas vel ab intestato bonorum possessionem, simul et ipsum ex carboniano et scriptos heredes secundum tabulas habituros bonorum possessionem.

Julian nennt zwei Fälle, in welchen neben der bonorum possessio carboniana auch noch eine b. p. secundum tabulas der eingesetzten Erben vorkommen könne: Der eine ist der oben erläuterte. Wenn der Unmündige, zufrieden mit seinem civilen Erbrecht, die bonorum possessio contra tabulas oder ab intestato[5]) nicht erwirbt, so tritt die Klasse der scripti heredes in die Reihe. Der zweite klingt sehr räthselhaft. Am wahrscheinlichsten ist die Erklärung von Fabricius und v. Vangerow, welche die Worte Julians: *si filius non esset* durch den Gegensatz sed *filia* erläutern. Die Tochter gewinnt nämlich durch die Agnition der bonorum possessio contra tabulas nicht mehr, als sie durch ihr civiles Anwachsungsrecht erhält.[6]) Neben ihr blieb also in der That auch noch für die bonorum possessio secundum tabulas des eingesetzten Erben Raum.

Sind keine Testamentserben vorhanden oder haben die vorhandenen die ihnen angebotene bonorum possessio secundum tabulas nicht agnoscirt, so succediren die Kinder sich selbst,

[5]) Fälle der Art sind in Fr. 8. § 7. h. t. Fr. 32. De liberis et postumis (XXVIII. 2.) und in Fr. 1. § 9. Si tab. test. nullæ (XXXVIII. 6.) enthalten.

[6]) Gaius II. § 126. Vgl. Meine lex voconia. S. 90.

und zwar so, dass sie auch in den spätern Graden der Intestaterbfolge zugelassen werden.

Fr. 6. § 2. De carb. ed.

Huic autem edicto locus est, etiamsi ab intestato ad bonorum possessionem veniant liberi, tametsi ex inferioribus partibus petant, qua legitimi vocantur, quoniam sui sunt,[7]) vel ex illa, quæ cognatis datur.

Mehr Bedeutung als für die ordinariæ possessiones hat die carboniana gegenüber dem Erbrecht der Mutter nach dem tertullianischen Senatusconsult. Die Mutter wird durch die carboniana bonorum possessio der Kinder ihres verstorbenen Sohnes bis zu dem Eintritt der Pubertät oder dem Tode des carbonianus possessor ausgeschlossen.

Ulpianus libro XIII ad Sabinum.

In Fr. 2 § 12. Ad S. C. tert. (XXXVIII. 17.)

Sed si quis, quum status controversiam pateretur, carbonianam solam acceperit, an noceat matri bonorum possessio? quæsitum quidem est. Sed quum hæc tempore finiatur, dicendum est, matri post tempus non nocere, aut si impubes decesserit, matrem posse admitti.

55. Die bisherige Darstellung lässt über das Wesen der carboniana bonorum possessio keinen Zweifel. Sie ist eine in das Gewand der erbrechtlichen bonorum possessio eingekleidete missio. Die einfache, nackte Einweisung in den Besitz, wie sie dem zukünftigen Erben in der Person der schwangern Mutter zu Theil wurde, konnte bei dem schon gebornen des Erbrechts fähigen Kinde nicht genügen.

Die erbrechtliche Form der carbonianischen Mission erklärt ihre Stellung im römischen Rechtssystem. Sie wird stets mit den bonorum possessiones,[1]) niemals mit den missiones aufgeführt. Man hat diesem Umstand viel zu grosses Gewicht beigelegt, wenn man auf ihn gestützt die missio ex carboniano völlig in Abrede stellte. Er entscheidet nur über die Form, nicht über den Inhalt des Instituts.[2])

[7]) D. h. sobald sie sui sind.

[1]) Fr. 1. § 10. Fr. 3. §§ 2. 3. 4. 5. 15. Fr. 4. h. t. L. 1. C. h. t.

[2]) Fr. 4. § 1. De officio eius cui mand. (I. 21.) Fr. 3. § 23. Fr. 10. § 1. De acq. poss. (XLI. 2.) Fr. 1. Quib. ex caus. in poss.

56. Wir wenden uns nun zu der Interpretation der einzelnen Ediktsworte. Durch sie erhalten wir die Gelegenheit, diejenigen Punkte, welche in der bisherigen Darstellung unberücksichtigt bleiben mussten, nachzuholen und die spätern Erweiterungen des Instituts anzudeuten.

Vor allem ist nicht zu übersehen, dass es dem Prätor völlig gleich gilt, von wem die Anfechtung des Kindesverhältnisses ausgeht. Er spricht ganz allgemein, in rem: SI CUI CONTROVERSIA FIET. In der That werden auch die verschiedensten Personen erwähnt: die Kinder des Erblassers,[1]) der Fiscus,[2]) der Vater, und dieser entweder im Testament[3]) oder unter Lebenden,[4]) die Erbschaftsschuldner.[5]) Ebenso ist kein Unterschied, ob Jemand suo oder hereditario nomine auftritt.[6])

Der Ausdruck CONTROVERSIA umfasst jeden Streit, gerichtlichen und aussergerichtlichen;[7]) das carbonianische Edikt fordert daher nicht etwa die Einleitung eines Prozesses, wie wir sie oben der Anschaulichkeit wegen voraussetzten; vielmehr genügt jede Anfechtung.

Die Ausdrucksweise: SI CUI CONTROVERSIA FIET führte zu dem Schlusse, dass auf die Prozessrolle der Partheien in dem bevorstehenden Erbschaftsstreite nichts ankomme.[8]) Ebenso

[1]) Fr. 5. pr. h. t.

[2]) Fr. 1. § 7. h. t.

[3]) Fr. 1. § 4. in fine. § 9. h. t.

[4]) Fr. 1. § 4. in. h. t. — parvi enim refert, quis ei controversiam faciat —

[5]) Fr. 3. § 12 h. t. Cum exstaret impubes, qui se filium defuncti diceret, *debitoresque negent eum filium esse defuncti*, et intestati hereditatem ad agnatum — pertinere, necessarium erit puero carbonianum edictum.

[6]) Fr. 3. § 7. h. t.

[7]) Fr. 9. pr. De iureiurando. (XII. 2.) — si controversia erit, id est si ambigitur — Auch dieser letztere Ausdruck war dem prätorischen Edict nicht fremd. — SI DE HEREDITATE AMBIGITUR beginnt die Clausel über die b. p. secundum tabulas. Cicero in Verrem II. 1. 45. Dass auch hier nicht an einen anhängigen Erbschaftsprocess zu denken ist, hat Huschke gegen Fabricius durchgeführt. Richters und Schneiders Jahrbücher B. V. S. 15.

[8]) Fr. 3. § 9. h. t. Parvi refert, utrum petitor sit impubes an possessor, qui status controversiam patitur: nam sive possideat, sive petat, in tempus pubertatis differtur.

ist es wahr, dass der Prätor nur demjenigen impubes zu Hilfe kommt, dessen status von andern angefochten wird, nicht demjenigen, welcher selbst eine solche controversia erhebt: qui non patitur status controversiam sed facit.[9])

57. Der Gegenstand der controversia ist das Kindesverhältniss: AN INTER LIBEROS SIT.[1]) Wie strenge man sich an diese Worte anschloss, geht aus verschiedenen Stellen hervor. Wem nicht nur das Kindesverhältniss, sondern überdiess die Freiheit bestritten wird, der war nicht so unzweifelhaft zu dem carbonianum berechtigt, dass die Berufung auf Julians Meinung und ein Rescript des Kaisers Pius für entbehrlich erachtet worden wären.[2])

Wenn der Emancipirte einen Sohn hinterlässt, und sich nun zwar nicht über die Kindschaft, wohl aber über das Gewaltsverhältniss an demselben ein Streit erhebt, so reichen die Worte des carbonianischen Edicts nicht hin. Denn die Frage ist nicht: an inter liberos sit? sondern utrum in potestate patris fuerit necne? Wie in dem ersten Falle mehr als das Kindesverhältniss bestritten wird, nämlich überdiess noch die Freiheit, so in dem zweiten weniger, gewissermassen nur theilweise. Daher wird dem Sohne die carboniana bonorum possessio nicht ex verbis, sondern ex sententia edicti ertheilt.[3]) Ein dritter Fall derselben Art findet sich in Julians Digesten. Der Streit über gehörige Adoption betrifft nicht das natürliche Sohnsverhältniss. Aus diesem Grunde erhält der filius adoptivus nicht das carbonianische, sondern ein dem carbonianischen ähnliches Decret.[4])

58. Die Anfechtung der Kindschaft kann sich mit den verschiedenartigsten Behauptungen verbinden. Bald wird einfach das Sohnesverhältniss in Abrede gestellt,[1]) bald überdiess

---

[9]) Fr. 3. §§ 9—11. h. t.
[1]) Fr. 1. § 4. Fr. 4. h. t.
[2]) Fr. 1. § 5. h. t.
[3]) Fr. 8. § 1. h. t. Dasselbe gilt von Fr. 8. pr. h. t.
[4]) Fr. 7. pr. h. t.
[1]) Fr. 3. §§. 4. 12. h. t. Vgl. Fr. 1. §. 8. in. h. t.

Unterschiebung des Kindes,[2]) oder uneheliche Empfängniss, sei es von dem abgeschiedenen Manne, sei es von einem Dritten,[3]) oder Uebergang in eine andere Familie durch Adoption[4]) behauptet. Noch weitere Verschiedenheiten ergeben sich, wenn der Gegner die Kindschaft, welche dem impubes abgesprochen wird, ausschliesslich für sich in Anspruch nimmt.[5])

In allen diesen Fällen wird ein *directer Angriff* auf den unmündigen Sohn vorausgesetzt. Eine Anschuldigung dritter Personen ist allerdings nicht ausgeschlossen; eine solche kann sogar in der Mehrzahl der Fälle nicht vermieden werden; Sklavenstand der Mutter,[6]) oder des Testators,[7]) Ehebruch,[8]) Kindesunterschiebung,[9]) sind die gewöhnlichen Waffen, deren sich der Kläger zur Bekämpfung des Unmündigen bedienen wird. Aber diese Beschuldigungen können nur als Incidenzfragen des Hauptprozesses, als Mittel zur Anfechtung des Kindesverhältnisses einen Anspruch auf das carbonianum begründen. Der directe Angriff auf die Mutter oder auf dritte Personen, welche bei dem Verbrechen der Kindesunterschiebung ihre Hilfe liehen, findet keine Berücksichtigung, so wichtig auch der Ausgang dieses Prozesses für die Erbfolge des Unmündigen werden kann. Die Fälle des Ehebruches[10]) und der Kindesunterschie-

---

2) Fr. 1. § 8. h. t. und dazu Fr. 3. pr. in fine. h. t.

3) Fr. 3. § 6. h. t.

4) Fr. 7. § 1. h. t.

5) Fr. 3. § 10. h. t. Die Ausschliesslichkeit ist ein wesentliches Erforderniss. Wer nur das Recht eines Bruders, nicht das eines einzigen Sohnes in Anspruch nimmt, der bestreitet seinem Gegner das Kindesverhältniss nicht, und gibt ihm daher auch keinen Anspruch auf das carbonianum. Darauf geht der zweite Theil der angeführten Stelle: quodsi ille &c.

6) Fr. 1. § 5. Fr. 7. § 3. h. t.

7) Fr. 1. § 6. h. t.

8) S. n. 10.

9) S. n. 11.

10) Fr. 13. h. t. Man könnte versucht sein, einen Widerspruch dieser Stelle mit zwei andern Fragmenten: Fr. 11. § 9. Ad leg. iul. de adult. (XLVIII. 5.) von Papinian und Fr. 8. De ventre (XXXVII. 9.) von Paulus anzunehmen. Jedoch mit Unrecht. Diese beiden Stellen sprechen gar nicht von der Anwendung des carbonianum auf den Fall einer gegen die Mutter gerichteten Klage; denn vermöge des carbonianum kann stets nur das Kind, niemals die Mutter eine Aufschiebung der status quæstio erlangen; sie be-

bung werden in unsern Quellen ausdrücklich in diesem Sinn entschieden. Besonders lehrreich ist die Behandlung der Klage auf Kindesunterschiebung. Diese kommt ohne Verzug zur Beurtheilung, wenn sie principaliter gegen die Mutter gerichtet ist; und doch führt die Verurtheilung der Mutter zu dem Verlust der Erbansprüche des Kindes; — aufgeschoben dagegen wird sie, wenn es sich nur darum handelt, mit Hilfe des Verbrechens der Mutter den status des Kindes in Zweifel zu ziehen; überdiess aber unter allen Umständen, wenn sowohl die Mutter als sämmtliche Theilnehmer an ihrem Verbrechen bereits gestorben sind; durch den Tod aller Schuldigen wird eben die Statusfrage aus der untergeordneten Stellung einer blossen Rechtsconsequenz zu der Hauptsache, zu dem eigentlichen Zweck der Klage emporgehoben.[11])

So kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Anwendung des carbonianum eine direkte Anfechtung des Kindesverhältnisses verlangt. Die blosse Gefährdung desselben durch den Angriff solcher Personen, deren Zustand auch den status des Kindes bedingt, wird von dem prätor nicht berücksichtigt.

59. So viel über die Worte: SI CUI CONTROVERSIA FIET AN INTER LIBEROS SIT. Nach dieser Fassung hat es den Anschein, als wollte sich der Prätor mit der einfachen Anfechtung des Kindesverhältnisses begnügen. Und doch wird uns in den unzweideutigsten Stellen gesagt, dass die controversia de statu nur dann Berücksichtigung findet, wenn sie sich mit einem Streit um den väterlichen Nachlass verbindet und so die Erbfolge des Kindes gefährdet[1].)

---

handeln vielmehr die Frage, in wie weit die Mutter für sich Dilation der Klage erhalten kann. Und diese wird dahin entschieden, dass sie auf eine solche Begünstigung in der Regel keinen Anspruch hat; eine einzige Ausnahme ist durch ein Rescript Hadrians eingeführt: die schwangere Frau kann für die Dauer der missio ventris nomine Aufschub verlangen.

11) Fr. 1. § 11. Die Schlussworte: atque si heres scriptus non fuisset, erklären sich aus Fr. 1. § 8. in fine. Fr. 2. h. t. Vgl. Fr. 3. § 6. h. t.

1) Fr. 3. § 2. h. t. — Ergo si quidem de parentis bonis, simul et de statu controversia fiat, hoc edictum locum habebit. — Fr. 6. § 3. h. t. Fr. 7. § 1.

Dieses wichtige Erforderniss lässt sich nicht auf die Interpretation einzelner Ediktsworte zurückführen; es folgt vielmehr einzig und allein aus der Verbindung des carbonianum mit der contra tabulas bonorum possessio. Wo die Erbfolge gegen das Testament durch Anfechtung des Kindesverhältnisses streitig gemacht wird, da leiht der prætor dem Unmündigen seinen Schutz.

60. Dieser Zusammenhang mit der bonorum possessio contra tabulas wurde jedoch nicht ausschliesslich festgehalten. Man erlaubte sich bei dem carbonianum eine ähnliche Ausdehnung, wie sie bei der missio ventris nomine angenommen war. Die Successionsart galt als völlig gleichgiltig, sobald nur die Erbfolge auf dem Kindesverhältnisse ruhte und zu Gunsten dessen eröffnet war, dem die persönliche Befähigung zu der Succession gegen den letzten Willen nicht fehlte.[1]) So konnte auch der ab intestato unde liberi,[2]) ja selbst der secundum tabulas[3]) zu der väterlichen Erbschaft berufene impubes das carbonianum für sich in Anspruch nehmen, sobald ihm sein status und durch diesen die Berechtigung zu der Erbfolge bestritten wurde.

Zu einer weitern Ausdehnung kam es nie. Die Zahl der Berechtigten wurde nicht vermehrt. Das Kindesverhältniss, wie es der bonorum possessio contra tabulas zu Grunde liegt, war eine unentbehrliche Voraussetzung.[4]) Daher werden in unsern

1) Fr. 1. §§ 2. 3. Fr. 3. pr. h. t. Fr. 5. § 3. De leg. præst. (XXXVII. 5.)

2) Fr. 6. § 2. h. t. Die Worte: quoniam sui sunt sagen: sofern sie sui sind; denn nur die sui, nicht auch die emancipati können sich in der Klasse unde legitimi selbst succediren. — Fr. 7. § 6. h. t.

3) Dieser jedoch nur dann, wenn er als Sohn, nicht auch, wenn er ohne alle Rücksicht auf das Sohnesverhältniss wie irgend ein Dritter eingesetzt worden war. Denn in dem lesztern Fall behielt er das Erbrecht, auch wenn ihm sein status mit Erfolg bestritten werden sollte. Fr. 1. § 8. Fr. 3. pr. in fine. Fr. 11. h. t. Nach diesen Stellen ist Fr. 3. § 2. in. h. t. zu beschränken.

4) Fr. 20. De inoff. test. (V. 2.) — toties (carboniana bonorum possessio) indulgenda est, quoties, si vere filius esset, heres esset aut bonorum possessor. — Fr. 7. § 1. h. t. — quia — quæritur, an iure filii hereditatem obtinere possit? locus erit carboniano edicto —. Fr. 4. h. t. — — controversia — an inter liberos bonorum possessionem accipere possit.

Quellen die bona paterna, zuweilen auch nur pro parte,[5]) als ausschliesslicher Gegenstand des Streites genannt.[6]) Das mütterliche [7]) oder brüderliche Erbe[8]) als solches[9]) findet keine Berücksichtigung. Ebenso gieng man niemals von der Verbindung des Erbschaftsstreites mit der controversia de statu ab. Die Anfechtung der Erbfolge ohne Bestreitung des Kindesverhältnisses hat keine Bedeutung. So konnte die Behauptung der Exheredation des Sohnes niemals zu der Anwendung des carbonianum berechtigen. Denn in diesem Falle wurde nicht de iure filii, sondern vielmehr de iure testamenti gestritten.[10])

61. Weiter als das carbonianische Edict gieng die Gesetzgebung der Kaiser. Dieser zufolge hatte jeder Unmündige, dessen status bestritten wurde, Anspruch auf Verschiebung des Entscheides bis zum Eintritt der Pubertät. Jetzt konnten nicht nur die Kinder bei dem Rechtsstreit über das väterliche Vermögen, sondern ebenso auch die entferntern Intestaterben, ja selbst die durch den letzten Willen Berufenen Dilation verlangen. Eine weitere Begünstigung wurde ihnen aber nicht zu Theil; von einer bonorum possessio für die Zwischenzeit war keine Rede. Dadurch unterschied sich die dilatio ex carboniano von der dilatio ex constitutionibus; jene verband sich mit dem interimistischen Erbschaftsbesitz, welcher dieser stets fremd blieb.[1])

5) Fr. 3. § 10. h. t. Vgl. Fr. 5 pr. h. t.

6) Z. B. Fr. 3. § 2. Fr. 7. pr. §§ 3. 5. 7. Fr. 13. h. t. Vgl. Fr. 11. h. t. Ueber die bona paterna avitaque. Paulus R. S. lib. III. tit. 4 A. § 7. — Lex thoria c. XII.

7) Fr. 6. pr. h. t.

8) Fr. 3. § 7. in fine. h. t.

9) Es gibt Fälle, in welchen derselbe Streit bona paterna et materna oder fraterna zugleich betrifft; dann werden auch die letztern des Vorzuges der erstern theilhaftig. Fr. 6. § 1. h. t. Eine Anwendung dieses Grundsatzes enthält Fr. 3. § 7. h. t. Die Mutter wird durch die Brüder des verstorbenen Sohnes von der Erbschaft ausgeschlossen. (Fr. 5. pr. Ad S. C. tert. XXXVIII. 17.) Hatte nun der verstorbene Sohn seinem Bruder das Sohnsverhältniss und dadurch den Anspruch auf das väterliche Erbe bestritten, und tritt nunmehr die Mutter in diesen Streit ein, so wird zu gleicher Zeit über bona paterna et fraterna gestritten.

10) Fr. 7. § 2. h. t. Beispiel Fr. 1. § 10. h. t.

1) Ueber diess Recht sehe man Fr. 27. pr. De liberali causa. (XL. 12.) Fr. 3.

67. Der prætor schliesst den bisher betrachteten Bedingungen noch die der Impubertät an: ET IMPUBES SIT. Die Begünstigung des carbonianum ist also auf das unmündige Alter beschränkt; die Minderjährigkeit, obwohl in andern Beziehungen so sehr bevorzugt, findet hier keine Berücksichtigung. [1]) Ein nach dem Eintritt der Pubertät erschlichenes Dekret hat keine Rechtskraft, und das vorher, also zu rechter Zeit ertheilte, erstreckt seine Wirkung nie über den Termin der Pubertät hinaus.

In einem Falle geht auch der Unmündige seines Vorrechts verlustig. Wenn die Mutter den Vorschriften des edictum de ventre inspiciendo custodiendoque partu wissentlich nicht nachkommt, so verweigert der prætor dem Sohne die carboniana possessio.[2])

Werden mehrere Geschwister zu gleicher Zeit angegriffen, so fragt sich, ob die Unmündigkeit des einen Bruders auch von dem mündigen Sohne geltend gemacht werden kann. Die Quellen unterscheiden zwei Möglichkeiten. Entweder sind beide Brüder am Tage des ersten Angriffs unmündig, erreichen aber zu verschiedenen Zeiten das Alter der Mündigkeit; oder der eine derselben ist bereits in die Pubertät eingetreten. In dem ersten Falle hat jedes der angegriffenen Geschwister einen selbstständigen, in seiner Person begründeten Anspruch auf das carbonianum; so viele Unmündige, so viele Dekrete. Die Frage kann also hier nur die sein, ob sich die Wirkung des einem Unmündigen ertheilten Dekrets ausnahmsweise über den Termin der eigenen Mündigkeit bis zu der Pubertät des jüngern Bruders erstreckt? Und diese Frage wird allerdings

---

§ 2. De carb. ed. Fr. 7. § 1. De ventre in den Worten: Sed enim placet, omnes controversias, quæ quasi status controversiam continent, in tempus pubertatis differri, sed non ut in possessione sit, status controversia dilata, sed sine possessione.

[1]) Fr. 3. § 3. h. t.

[2]) Fr. 1. § 10. in fine. De inspic. ventre. (XXV. 4.) Fr. 2. pr. D. eod. Edictum de custodiendo partu derogatorium est eius, quod ad carboniani decreti exemplum comparatum est.

bejaht.[3]) Die Pubertät beider Geschwister muss abgewartet werden, bevor es über den ältern Bruder zum Prozesse kommen kann. Anders stellt sich die Frage in dem zweiten Falle. Der mündige Bruder bringt in seiner Person keinen Anspruch auf das carbonianum zu dem Prozesse mit. Für ihn handelt es sich also um die erste Begründung, nicht blos um die spätere Beendigung der carbonianischen possessio. Diese höhere Wirkung wird der Berufung auf die fremde Impubertät abgesprochen. Der Mündige erhält keine Dilation aus der Person des mit ihm beklagten Unmündigen, obwohl auch hier durch die Entscheidung des ersten Prozesses der Sache des Unmündigen präjudizirt wird.[4]) Diese verschiedene Behandlungsweise zweier so nahe verwandter Fälle würde ohne die Berücksichtigung der Ediktsworte: ET IMPUBES SIT wahrscheinlich ein Räthsel bleiben. Das carbonianum war ausschliesslich für den impubes bestimmt. Diese Grenze durfte die Interpretation nie überschreiten. Selbst die nahe Betheiligung des unmündigen Bruders musste gegen jene so bestimmte Beschränkung zurückstehen. Aber eben diese Schranke galt nur der ersten Ertheilung, nicht der spätern Fortsetzung der carbonianischen possessio. Dieser letzten gegenüber hatte die Jurisprudenz freie Hand, sie trug daher kein Bedenken,

[3]) Fr. 3. § 8. h. t. Si duo impuberes patiantur status controversiam, et alter eorum pubuerit, exspectari alterius quoque pubertas debet, scilicet ut sic de utriusque statu agetur, ne aliquod præiudicium fiat impuberi per puberis personam.

[4]) Paulus R. S. lib. III. t. 1. § 1. Si fratri puberi controversia fiat, an pro parte impuberis differri causa debeat, variatum est: sed magis est, ut differri non debeat. Alle Handschriften unterstützen diesen Text und es ist auch nicht nothwendig, denselben mit Cuiacius oder Arndts zu ändern. Cuiacius opp. t. VIII. p. 125.: Si fratri *impuberi* — *puberis* differri c. d. Arndts, im Bonner corpus iuris anteiustinianei ad h. l.: Si fratri puberi et impuberi — an pro parte puberis. — Die Lesart der Handschriften gibt folgenden Sinn: Soll die gegen den frater pubes eingeleitete causa mit Rücksicht auf die pars impuberis aufgeschoben werden? Soll man also auch die Mündigkeit des jüngern Bruders abwarten, um gegen den ältern bereits mündigen definitiv zu entscheiden? Damit stimmt die Interpretation vollkommen überein: — — si frater, qui senior est, propter personam fratris minoris, ne causam dicat, se voluerit excusare, ille, qui senior est, pro sua causa vel persona respondere compellitur —.

hier eine Modifikation eintreten zu lassen, welche in dem ersten Falle nur allein an den gebieterischen Worten des Edicts scheiterte.

63. Das Erforderniss der Impubertät schloss den noch nicht gebornen Erben, auch wenn er sonst die Bedingungen des Edicts erfüllte, von der Wohlthat der carboniana bonorum possessio aus. So war das Kind während der Schwangerschaft der Mutter allen denjenigen Angriffen preisgegeben, welche nach der Geburt zu der Anrufung des carbonianum berechtigten. Die missio ventris nomine fand keinen Schutz. Diese Lücke suchte Hadrian durch ein Rescript auszufüllen. Der prætor Claudius Proculus wurde angewiesen, den Streit über das Kindesverhältniss auch dann, wenn er bei der Nachsuchung der missio ventris nomine erhoben wurde, nach einer vorläufigen summarischen Cognition zu entscheiden und die Mutter nur allein im Falle einer augenfälligen calumnia abzuweisen.[1]) Der Gegner konnte mit verschiedenen Behauptungen auftreten. Das Rescript erwähnte deren zwei: Bestreitung des schwangern Zustandes, Bestreitung der Ehe mit dem Schwängerer.[2]) Die Interpretation fügte eine dritte hinzu: Anfechtung des status der Mutter.[3]) Die Uebereinstimmung dieser Grundsätze mit dem wesentlichen Inhalt des Edicts veranlasste die Uebertragung des carbonianischen Rechts in seiner ganzen Ausdehnung auf die missio ventris nomine. Sie ist also ein Werk der Interpretation, keine ausdrückliche Satzung des

---

[1]) Fr. 1. § 14. De ventre. Et ita divus Hadrianus Claudio Proculo prætori rescripsit: ut summatim de re cognosceret, et si manifestam calumniam videret eius, quæ ventris nomine in possessionem mitti desiderat, nihil novi decerneret; si dubitari de re posset, operam daret, ne præiudicium fieret ei, quod in utero est, sed ventrem in possessionem mitti oportere. Diese Relation schliesst sich offenbar den Worten des kaiserlichen Rescripts sehr genau an.

[2]) Fr. 1. § 14. c. Si ea, quæ in possessionem vult ire, uxor negetur vel nurus esse vel fuisse (hierüber Fr. 1. § 10. h. t.), vel ex eo prægnans non esse contendatur, decretum interponit prætor ad exemplum carboniani edicti. Vgl. Fr. 3. § 3. Ne vis fiat. (XLIII. 4.) Fr. 1. § 16. De ventre.

[3]) Fr. 1. § 14. c. Idemque est, et si status mulieri controversia fiat.

Kaisers.[4]) Sanctionirt wurde sie durch eine eigene Klausel des prätorischen Edicts. Die Ausdrucksweise, deren sich Ulpian im LXVIII Buche seines Commentars bedient, lässt hierüber keinen Zweifel. Der prætor verspricht dem noch ungebornen Erben die bonorum possessio nach Maasgabe des carbonianischen Edicts.

Fr. 3. § 3. Ne vis fiat (XLIII. 4.)

— ex epistola divi Hadriani ad exemplum præsumtionis carboniani edicti ventri prætor pollicetur possessionem.

Besondere Berücksichtigung verdient die Uebertragung der erbrechtlichen bonorum possessio auf den noch ungebornen Sohn. Das hadrianische Rescript hatte zunächst nur von einer missio in possessionem gesprochen,[5]) und seinem Beispiele folgten auch einzelne Juristen;[6]) der prætor aber trug kein Bedenken, die bonorum possessio an ihre Stelle zu setzen, und so wurde denn auch dieser Ausdruck gewöhnlich.[7])

Das hadrianische Rescript bezog sich ausschliesslich auf die ursprüngliche Anwendung der missio ventris nomine. Daher hatten nur die zu der Erbfolge gegen den letzten Willen berechtigten Kinder Anspruch auf die carboniana bonorum possessio ventris nomine.[8]) Die übrigen Intestaterben so wie die durch Testament Berufenen konnten zwar auch jetzt schon die Verschiebung der status controversia verlangen, gerade so wie nach der Geburt,[9]) aber beidemale ohne den Vortheil des Besitzes.[10])

---

[4]) Fr. 1. § 15. De ventre. Et generaliter, ex quibus causis carbonianam bonorum possessionem puero prætor dare solitus est, ex iisdem causis ventri quoque subvenire prætorem debere non dubitamus, eo facilius, quo favorabilior est causa partus quam pueri.

[5]) Fr. 1. § 14. De ventre. — — Ventrem in possessionem mitti oportere.

[6]) Fr. 7. § 1. D. eod. Interdum non passim sed cum causæ cognitione mitti venter in possessionem debet, si quis sit, qui controversiam referat.

[7]) Fr. 10. De carb. Cum mulier deferente herede iuraverit, se prægnantem esse, bonorum possessio ex edicto carboniano dari debet.

[8]) Fr. 7. § 1. De ventre. Die Worte: sed hoc tantum ad eum ventrem erit referendum, *qui cum liberis admittitur*, schliessen sich an die Ausdrücke des Edicts: ventrem cum liberis in possessionem esse iubebo an.

[9]) S. darüber oben § 61.

[10]) Fr. 7. § 1. De ventre.

84. Die Unmündigkeit des Angegriffenen ist die letzte Bedingung des carbonianum. Der übrige Theil des Edicts bestimmt die Rechte, welche der prætor dem impubes einräumt. Er verspricht Ertheilung der bonorum possessio und Verschiebung des Rechtsstreites bis nach dem Eintritt der Pubertät. Die erste dieser Sanctionen ist in unserer obigen Darstellung bereits hinreichend erläutert. Nur die Worte: CAUSA COGNITA possessionem dabo verlangen noch eine besondere Betrachtung.

Der prætor knüpft die Ertheilung der bonorum possessio an die Bedingung einer vorläufigen causæ cognitio. Hätte diese eine Ergründung des Streites zum Zwecke, so würde das carbonianische Edict durch ein solches Erforderniss seinen Nutzen selbst wieder zerstören. Der einzige Vortheil desselben bestände alsdann darin, dass nicht der iudex mit der Untersuchung der Sache betraut würde, sondern der prætor dieselbe übernähme. An die Ermittlung des wahren Sachverhältnisses wird nun in der That nicht gedacht. Der prætor begnügt sich mit einer summarischen Cognition und mit jeder zu Gunsten des Unmündigen sprechenden Wahrscheinlichkeit, so schwach sie auch sein mag. Diese beiden Punkte sind keineswegs völlig gleichbedeutend. Das Erforderniss einer summarischen Untersuchung lässt den Grad der Wahrscheinlichkeit, mit welchem sich der Magistrat zu begnügen gedenkt, zunächst völlig unbestimmt, und so mag er denn auch in den einzelnen Fällen, in welchen das römische Recht ausnahmsweise eine blos summarische Cognition zulässt,[1]) verschieden gewesen sein. Bei der Ertheilung der carbonianischen possessio wird schon der geringste Grad von Wahrscheinlichkeit berücksichtiget,[2]) eine Begünsti-

[1]) Eine Zusammenstellung dieser Fälle gibt v. Savigny: über das Interdict quorum bonorum, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. B. VI. S. 231 ff.

[2]) Fr. 3. § 4. h. t. — — summatim ergo, quum petitur ex carboniano bonorum possessio, debet prætor cognoscere; et si quidem absolutam causam invenerit evidenterque probetur, filium non esse, negare debet ei bonorum possessionem carbonianam, si vero ambiguam causam, *id est vel modicum pro puero facientem, ut non videatur evidenter filius non esse*, dabit ei carbonianam bonorum possessionem.

gung, welche sich bei keiner einzigen der zahlreichen übrigen summarischen Cognitionen in ähnlicher Weise wiederholt. So wird der Unmündige nur allein im Falle einer völlig einleuchtenden calumnia abgewiesen.

Das Resultat der causæ cognitio legt der prætor in einem Decret nieder.[3]) Dadurch wird die carboniana bonorum possessio zugleich deferirt und erworben. Eine Repudiation ist nicht mehr möglich.[4])

65. Neben der bonorum possessio verspricht der prætor die Verschiebung des Rechtsstreites bis zu dem Eintritt der Mündigkeit. Diese zweite Sanction ist von der ersten völlig unabhängig und an eine besondere causæ cognitio gebunden. Die Untersuchung wird hier auf ganz andere Punkte gerichtet, als bei dem ersten Decrete. Dort war die calumnia des Unmündigen Gegenstand der Cognition; hier dagegen ist hauptsächlich die Frage zu untersuchen, ob die Verschiebung oder die sofortige Entscheidung des Streits dem Interesse des carbonianus possessor im einzelnen Falle zuträglicher ist. Unter den verschiedenen Momenten, welche bei einer solchen Würdigung der Sachlage nicht zu übersehen sind, hebt Ulpian die Unfähigkeit des Pupillen zu Leistung der Satisdation besonders hervor.[1]) Die Mitimmission des Gegners, zu welcher sie führen würde, kann so gefährlich sein, dass es dem Interesse des Unmündigen zuträglicher erscheint, dieselbe durch sofortige Entscheidung des Rechtsstreites zu umgehen. Denn alsdann kommen die gewöhnlichen Regeln über die Vertheilung der Partheirollen bei der hereditatis petitio zur Anwendung. Der carbonianus possessor hat den Besitz der Erbschaft nur gegen Satisdation auf den Kläger zu übertragen.

---

3) Fr. 6. pr. Fr. 7. pr. § 1. Fr. 8. pr. h. t.

4) Fr. 1. § 7. De succ. ed. (XXXVIII. 9.) Decretalis bonorum possessio an repudiari possit? videamus; et quidem diebus finiri potest, sed repudiari eam non posse verius est, quia nondum delata est, nisi cum fuerit decreta; rursum, posteaquam decreta est, sera repudiatio est, quia, quod acquisitum est, repudiari non potest.

1) Fr. 3. § 5. h. t.

Mit dem Erbschaftsprocess werden auch alle diejenigen Rechtsstreitigkeiten aufgeschoben, welche ohne Lösung der Statusfrage nicht entschieden werden können. Dahin gehören insbesondere die Ansprachen der im Testament freigelassenen Sclaven;[2]) ferner die Klagen auf Erfüllung der ausgesetzten Vermächtnisse,[3]) nicht aber die Forderungen der Erbschaftsgläubiger, denn diese stehen mit dem Streite über die Erbfolge in keinerlei Zusammenhang.[4])

Nach dem Eintritt der Mündigkeit wird in der Entscheidung dieser verschiedenen Streitigkeiten selbst wieder eine bestimmte Reihenfolge beobachtet werden. Der erste Rang gebührt dem wichtigsten Processe, der hereditatis petitio.[5]) Ihr darf in keiner untergeordneten Frage, nicht einmal in der sonst jedem Vermögensstreite vorgezogenen[6]) libertatis quæstio,[7]) vorgeurtheilt werden.[8])

---

2) Die ex testamento pendentes libertates, gleichviel ob der Freigelassene auch zum Erben eingesetzt ist oder nicht. Fr. 3. § 11. h. t. Ueber die nicht testamentarischen Freilassungen Fr. 7. § 2. De her. pet. (V. 3.)

3) Die Verpflichtung des Testamentserben, sämmtliche Legate auch vor der Entscheidung des Erbschaftsstreites gegen die Leistung der Caution: evicta hereditate reddi auszuzahlen, kann sich unmöglich auch auf denjenigen Testamentserben beziehen, welchem der Erbschaftsbesitz durch das carbonianum abgenommen worden ist. Fr. 3. § 6. Fr. 8. Si cui plus (XXXV. 3.) L. ult. pr. C. de her. pet. (III. 31.) Es muss also hier die exceptio ne præiudicium fiat hereditatis petitioni ihre Anwendung finden. Anders wird die Sache stehen, wenn der Unmündige selbst Testamentserbe ist. Fr. 3. pr. h. t. oder kraft des Edicts de legatis præstandis contra tabulas b. p. petita, zur Leistung der Vermächtnisse angehalten werden kann. In diesen beiden Fällen ist er zur Leistung der Legate gegen die cautio de reddendo anzuhalten.

4) Fr. 5. § 1. h. t. nullum enim per hoc præiudicium hereditati fieri. L. ult. § 1. C. de her. pet.

5) Fr. 5. § 2. De her. pet. L. ult. pr. C. eod.

6) Fr. 4. § 1. Ne de statu def. (XL. 15.)

7) Jedoch wird hier die schon erfolgte Litiscontestation des Erbschaftsstreites vorausgesetzt; vor Abschluss derselben hat der prætor die Räthlichkeit des Aufschubs summatim zu prüfen. Fr. 7. De her. pet. (V. 3.) Eine neue Beschränkung fügte Justinian in L. ult. § 2. C. de her. pet. (III. 31.) hinzu. Der Vorzug soll nicht länger als ein Jahr von dem Tode des Erblassers an dauern.

8) Fr. 7. pr. De her. pet. Was hier von der querela inofficiosi gesagt wird, gilt auch von der hereditatis petitio, welche in der Querel enthalten ist.

66. Den zuletzt dargestellten erbrechtlichen Missionen scheint die ursprüngliche Idee der prätorischen Einweisung völlig fremd zu sein. Von einem Zwang zur Einlassung auf die Klage oder zur Bestellung einer Caution kann ja da nicht gesprochen werden, wo es sowohl an einem Beklagten als an einer Klage fehlt. Nichts desto weniger lässt sich auch hier der alte Gesichtspunkt nachweisen. Dem zukünftigen Erben schuldet der Nachlass Alimente;[1]) der Erbe ist Gläubiger, die Alimente sind das æs alienum, die Erbschaft der Schuldner. So haben wir alle Bestandtheile eines wahren Schuldverhältnisses. Nur von einer Klage kann keine Rede sein; diese scheitert an der unpersönlichen Natur des Verpflichteten; der Erbe befindet sich daher von vornherein in derjenigen Lage, in welche der Gläubiger durch die contumacia des Schuldners versetzt wird. Die gewöhnliche Rechtshilfe reicht nicht hin zur Geltendmachung seiner Forderung: was war natürlicher, als dass man dem gleichen Bedürfniss durch dasselbe Mittel zu begegnen suchte, nämlich durch die missio in possessionem? Der Erbe wurde einem unbefriedigten Gläubiger an die Seite gestellt, sein Anspruch durch das für den Fall der contumacia aufgestellte Verfahren durchgeführt.[2]) So enthält die erbrechtliche Mission nichts weiter, als eine nach der Natur des Falles modificirte Anwendung des prätorischen Contumacialverfahrens.

67. In die Reihe der erbrechtlichen Missionen gehören endlich noch die MISSIO FURIOSI NOMINE und die MISSIO EX EDICTO HADRIANI. Die erstere ist nach der Analogie der missio ventris nomine gebildet. Der Wahnsinnige befindet sich in einer ähnlichen Lage, wie das ungeborne Kind. Gleich diesem wird auch ihm die bonorum possessio während der Dauer seiner Krankheit nicht deferirt;[1]) und doch ist stets Hoffnung auf Genesung vorhanden, wie bei dem Kinde Hoffnung auf künftige

---

[1]) Fr. 9. De ventre: detrahitur velut æs alienum.

[2]) Fr. 5. § 3. De carb. deminuendi causa usque ad id quod alimentis eius necessarium est, mittendus est.

[1]) Fr. 1. § 5. De succ. edicto. (XXXVIII. 9.) von Ulpian.

Existenz. Also in beiden Fällen temporäre Unfähigkeit des Erben in Folge eines mangelhaften persönlichen Zustandes, verbunden mit der Aussicht auf Entfernung desselben. Diese Uebereinstimmung der Sachlage gibt dem Wahnsinnigen Anspruch auf dieselbe Begünstigung. Sie wird ihm auch wirklich eingeräumt. Er erhält in der Person seines curator durch prätorisches Decret die provisorische bonorum possessio für die Dauer seines Zustandes. Dadurch wird der Erwerb der ordentlichen bonorum possessio nicht ersetzt. Diese muss nach der Genesung noch besonders agnoscirt werden.[2]) Die Uebereinstimmung mit dem Rechte des noch ungebornen Erben ist nicht zu verkennen. Hier wie dort ein prätorisches Decret; hier wie dort Beschränkung der eingeräumten Begünstigung auf die Dauer der persönlichen Unfähigkeit; hier wie dort die Nothwendigkeit der agnitio bonorum possessionis ordinariæ nach der Entfernung des Hindernisses. In einem einzigen Punkte tritt eine wesentlich verschiedene Behandlung beider Fälle ein. Dem noch nicht gebornen Kinde verspricht der prætor nichts weiter als eine missio in possessionem; der Wahnsinnige da-

---

[2]) Diese Sätze ergeben sich aus Fr. 2. §§ 11. 13. Ad S. C. tert. Si quis ex liberis, dum est in utero, in possessionem missus sit, mox natus sit, et ante bonorum possessionem acceptam decesserit, an matri noceat, videndum, quasi bonorum possessor? Et puto non nocere, si non suus patri agnascitur; neque enim sufficit, mitti in possessionem, nisi natus quoque acceperit bonorum possessionem. *Igitur et si furioso decreto petita sit possessio, et prius quam ipse mentis compos factus bonorum possessionem petierit, decesserit, matri non obstabit.* Die Frage ist, ob die Mutter durch die provisionelle missio ventris nomine, ebenso durch die bonorum possessio decretalis furiosi nomine ausgeschlossen werde, wenn das Kind nach der Geburt, respective der Wahnsinnige nach der Wiederherstellung seiner Gesundheit, aber vor erfolgter Agnition gestorben ist? Ulpian antwortet: Das blosse Erreichen der persönlichen Fähigkeit genüge an sich nicht, es müsse auch die wirklich erfolgte Agnition nachgewiesen werden; dann erst trete die Mutter zurück. Die Fragestellung schloss die Erwähnung des während der Dauer des Wahnsinns erfolgten Todes aus. Sonst würde von diesem Falle dasselbe gelten. — v. Löhr behauptet in Grolmanns Magazin B. III. S. 63. die Interpolation der eben erörterten Stelle. Diese Behauptung ist ein Ausfluss seiner völlig verkehrten Auffassung dieser ganzen Materie, insbesondere auch der durch Justinian eingeführten Aenderungen.

gegen erhält eine wahre erbrechtliche bonorum possessio.[3]) Aber auch diese Verschiedenheit ist ohne practische Bedeutung. Es lässt sich kaum bezweifeln, dass der prætor, so oft es die Nothwendigkeit erforderte, dem Wahnsinnigen eben so wie dem Kinde, durch eine missio in possessionem, oder wohl gar durch directe Gewaltmaassregeln[4]) zum Besitze verhalf. Wichtiger ist die Frage, wie es mit dem Rechte der Alimentation aus dem Nachlass stand? An ausdrücklichen Zeugnissen fehlt es. Aber die Analogie der missio ventris nomine entscheidet. Der Unterhalt des Wahnsinnigen ist wie jener der schwangern Frau als eine Schuld von der Erbschaft in Abzug zu bringen, gleichviel ob der prætor dieses Recht in seinem Decrete erwähnte oder nicht.[5])

68. Das hier dargestellte System war von den römischen Juristen nicht allgemein anerkannt. Es gab eine Gegenmeinung, welche den Wahnsinn nicht als ein Hinderniss des Erbschaftserwerbs ansah und den curator furiosi zu der Agnition der bonorum possessio zuliess.[1]) Justinian entschied diese Controverse durch ein besonderes Gesetz.[2]) Keine der beiden entgegenstehenden Ansichten wurde völlig verworfen. Der Kaiser rühmt sich, den Frieden auf der Grundlage gegenseitiger Concessionen wieder hergestellt zu haben. Die Unfähigkeit des Wahnsinnigen zur Agnition der bonorum possessio wurde aus der ersten, die Zulassung des curator aus der zweiten Theorie herübergenommen; denn einer solchen Stellvertretung, meint der Kaiser, stehe seit der Aufhebung der alten solennen Agnitionshandlung durch das

---

3) Fr. 2. §§ 11. 13. Ad S. C. tert. (XXXVIII. 17.)

4) Vgl. Fr. 3. pr. Ne vis fiat. (XLIII. 4.)

5) Vgl. Fr. 5. § 3. De carb. ed.: sive decrevit præses sive non. Diese Meinung wird von Löhr (in Grolmanns Magazin B. II. S. 450) und von Puchta (Pandecten, zweite Ausgabe. § 520. p.) angenommen.

1) L. 7. § 3. C. de curat. fur. vel prod. (V. 70.) Aus Fr. 1. De bonor. poss. fur. (XXXVII. 3.) folgt keineswegs, dass Papinian dieser zweiten Meinung beipflichtete. Er will nur darauf aufmerksam machen, dass die Möglichkeit der Agnition durch den curator an dem von ihm aufgestellten Grundsätze nichts ändere.

2) L. 7. C. c. vom Jahr 530.

constantinische Gesetz [3]) kein Hinderniss mehr im Wege. Dem practischen Erfolg nach stimmte der neue Rechtszustand mit der oben dargestellten Theorie der ersten Parthei völlig überein; die von dem curator agnoscirte bonorum possessio war auch jetzt nur eine provisorische; zwar brauchte der Wahnsinnige nach der Genesung nicht mehr besonders zu agnosciren, aber die Repudiation stand ihm offen, und der Tod vor erfolgter Wiederherstellung machte dem ertheilten Recht ein Ende. In beiden Fällen succedirten diejenigen, welche zur Zeit des Todes, respective der Repudiation, den nächsten Anspruch auf die Erbfolge hatten.[4])

Ein Decret war aber jetzt nicht mehr erforderlich; darin lag die Hauptabweichung des justinianischen Gesetzes von der früheren Theorie.[5]) Nach dem neusten Recht gehört also die bonorum possessio furiosi nicht mehr in die Reihe der decretales bonorum possessiones, mit welchen sie gemeinhin zusammengestellt wird.

69. Eine ganz andere Bedeutung hatte die MISSIO EX EDICTO HADRIANI.[1]) Auf schnellere Beitreibung der vicesima

---

[3]) Vgl. § ult. I. de bon. poss. (III. 10.) L. 1. Th. C. de cret. vel bon. poss. (IV. 1.)

[4]) L. 7. § 8. C. c.

[5]) L. 7. § 3. C. c. — curatori autem eius licentiam damus, immo magis necessitatem imponimus, si utilem ei esse successionem existimaverit, eam bonorum possessionem agnoscere, *quæ antea ex decreto dabatur*, et ad similitudinem bonorum possessionis habere — —. Diess Decret wird in Fr. 2. § 11. Ad S. C. tert. erwähnt. S. § 67. n. 2. Löhr (in Grolmanns Magazin B. III. S. 62. 63.) glaubt gerade umgekehrt, dass die Erwähnung des Decrets durch Interpolation aus L. 7. § 3. C. c. in Fr. 2 § 11. c. übergegangen sei. Allein die Worte der Constitution sind völlig deutlich: die b. p., zu deren Erwerb früher ein Decret erfordert wurde, soll jetzt durch einfache Agnition angetreten werden.

[1]) Dasselbe Edict, in welchem Hadrian dem eingesetzten Erben die Mission ertheilte, enthielt auch noch andere, auf die Erbschaftssteuer bezügliche Verfügungen: dahin gehört die Bestimmung, dass gegen die Gestattung der Testamentseröffnung und gegen die Ertheilung der Mission selbst nicht appellirt werden dürfe. Fr. 7. pr. De appell. rec. vel non (XLIX. 5.) L. 26. Th. C. quor. app. non recip. (XI. 26.) Impp. Gratianus Valentinianus et Theodosius a. 379. unter dem *beneficium edicti per divum Hadrianum conditi* ist die Mission zu verstehen. Dahin gehört ferner die Verfügung über die Ertheilung des Rechts der väterlichen Gewalt an solche Peregri-

hereditatium berechnet, war sie auf die Testamentserben beschränkt und an die Beobachtung einer Jahresfrist, so wie an die gehörige Eröffnung des letzten Willens vor dem Magistrat gebunden.[2]) Ihre Wirkung erstreckte sich nur auf die vom Erblasser zur Zeit seines Todes besessenen Sachen. Seitdem in Folge des constantinischen Gesetzes[3]) *jede* Erklärung vor dem prætor zum Erwerb der bonorum possessio genügte, lag in der Mission zugleich auch die Agnition des prätorischen Erbrechts. Diese Wirkung wird in einem Gesetze des Kaisers Theodosius,[4]) ebenso in einer Novelle Valentinians III.[5]) anerkannt. Mit der Aufhebung der Erbschaftssteuer verlor die hadrianische Mission ihre ursprüngliche Grundlage. Nichts desto weniger erhielt sie sich bis auf Justinian. Auch dieser Kaiser hob sie nicht auf. Das alte Edict wurde zwar ausser Kraft gesetzt, aber zu gleicher Zeit dessen wesentlicher Inhalt in die neue Gesetzgebung übertragen.[6]) Jeder Erbe, der in einem äusserlich nicht mangelhaften Testament eingesetzt ist, wird in den Besitz aller dem Testator zur Zeit seines Todes gehöriger Güter eingewiesen, mithin für den künftigen Erbschaftsstreit in die vortheilhaftere Stellung eines Beklagten versetzt; und diess nicht nur innert Jahresfrist, sondern auch später bis zu dem

---

nen, die durch kaiserliche Gnade mit dem Bürgerrecht beschenkt worden waren. Gaius I. §§ 55. 93. Plinius panegyricus c. 38. Diese redactio in potestatem gibt dasjenige Cognationsrecht, welches von der Erbschaftssteuer gewisse exceptæ personæ befreit. — Auf die vicesima hereditatium bezieht sich endlich das von Macer libro I ad legem vicesimam hereditatium erwähnte Rescript Hadrians, in welchem der Sinn des Wortes munimentum sepulcri näher bestimmt wird. Die Bestattungskosten und die Kosten der Graberbauung waren nämlich von dem versteuerbaren Gut ausgenommen.

2) Paulus R. S. lib. III. t. 5. §§ 14—18.

3) S. oben § 68. n. 3.

4) L. 7. pr. Th. C. de testamentis et codicillis (IV. 7.) vom Jahr 424.

5) De testamentis I. § 5. (Hugo, ius civile anteiust. t. II. p. 1322.) vom Jahr 446. Cuius heres ex edicto divi Hadriani hereditaria corpora consequetur, nec bonorum possessionis petendæ sustinebit necessitatem, quam generaliter omnibus relaxamus.

6) L. ult. C. de edicto divi Hadriani tollendo et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur. (VI. 33.)

Tage, an welchem durch die Usucapion von Seite des dritten Besitzers oder durch den Ablauf der Verjährungszeit die Erbschaftsklage des Eingesetzten ausgeschlossen ist. Die Ertheilung dieser Mission hängt von einer summarischen Cognition ab, welche jedoch den sofortigen Beweis des Erbrechts von Seite des Gegners keineswegs ausschliesst.[7])

Die Einweisung des scriptus heres ist der ursprünglichen Idee der prätorischen Mission gänzlich entfremdet. Der Besitz besteht hier ganz für sich, ohne alle Verbindung mit einem Forderungsrecht.

70. Die Missionen in einzelne Gegenstände[1]) theilen sich in zwei Classen. Die eine umfasst alle diejenigen Fälle, in welchen ursprünglich das ganze Vermögen des Schuldners Gegenstand der Einweisung war, bis die mildere Ansicht der spätern Zeit der Einweisung in die einzelnen Gegenstände des Streites den Vorzug gab. Diese Umgestaltung des Verfahrens findet sich hauptsächlich bei den in rem actiones,[2]) und bei einer einzelnen Anwendung der missio legatorum servandorum causa.[3])

In den Fällen der zweiten Classe dagegen ist das Princip der Specialität das ursprüngliche, hergebrachte. Unter ihnen steht die missio damni infecti causa oben an. Sie ist in dem prätorischen Edict besonders vorgesehen und mit einer ins feinste Detail ausgebildeten Theorie versehen. Von geringerer Wichtigkeit ist die Mission bei den Noxalklagen und die Mission gegen den Nuntiaten bei der operis novi nuntiatio. Diese drei Fälle sind nun noch genauer zu betrachten. Die Missionen

---

7) Diese Auslegung der Worte: si autem aliquis contradictor extiterit &c. scheint dem Zusammenhang der Constitution und dem Bedürfniss der Praxis in gleicher Weise zu genügen. Jedoch sind hierüber die Ansichten sehr getheilt. Siehe eine Anzahl derselben zusammengestellt bei v. Savigny in seiner Zeitschrift B. VI. S. 233. n. 1.

1) Schriften: Zimmern, Geschichte des römischen Rechts. B. III. § 85. Rudorff, das Interdict: Quem fundum, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. B. IX. S. 47—50.

2) Fr. 7. §§ 17—19. Quib. ex caus. (XLII. 4.) und die oben XIII. 15. zusammengestellten Fälle.

3) Oben in diesem Abschnitt § 33.

der ersten Classe fanden schon in der frühern Darstellung Berücksichtigung.

71. I. DIE MISSION WEGEN VERWEIGERTER DAMNI INFECTI CAUTIO.[1])

Die Lehre von der damni infecti cautio wurde bereits in einem frühern Abschnitte dieser Abhandlung genauer erörtert. Dort handelte es sich um die Beantwortung dreier Fragen: was begründet den Anspruch, was die Pflicht zur Leistung der Caution, und wie wird dieselbe bestellt? Hier schliesst sich nun noch eine vierte an: worin bestehen die Folgen der verweigerten Cautionsleistung? Diese soll jetzt beantwortet werden. Wir beschränken uns hierbei auf den normalen Fall einer gegen den wahren Eigenthümer ertheilten Einweisung; die Verhältnisse, welche sich aus der Mission gegen einen blossen bonæ fidei possessor ergeben, so wie diejenigen, welche zwischen dem Eigenthümer und den Inhabern der einzelnen Sachenrechte eintreten, sind aus der frühern Darstellung schon bekannt.

Der prætor bestimmte die Folgen der Weigerung folgendermaassen:

EUM, CUI ITA NON CAVEBITUR, IN POSSESSIONEM EIUS REI, CUIUS NOMINE UT CAVEATUR POSTULABITUR, IRE ET CUM IUSTA CAUSA ESSE VIDEBITUR, ETIAM POSSIDERE IUBEBO.

Die einzige Bedingung, von welcher die Einweisung in den Besitz abhängig gemacht wird, ist die Nichtleistung der Caution. Auf den *Grund* der Weigerung kommt nichts an. Dieser Satz ist wohl zu beachten. Es ergibt sich daraus, dass auch gegen den mittirt wird, welcher sich schuldlos ausser Stand sieht, die verlangte Caution zu bestellen. Dahin gehören alle, welche in Staatsgeschäften oder um anderer ehehafter Ursachen willen abwesend sind, ebenso der Pfleghafte ohne Vormund.[2]) Die Thatsache der Nichtdefension genügt hier wie bei der cautio legatorum.[3]) Der prætor auferlegt also die Sti-

[1]) Hesse, Die cautio damni infecti. Kap. XI.

[2]) Fr. 15. §§ 22. 29. De damno inf. (XXXIX. 2.)

[3]) Fr. 1. § 1. Ut in poss. leg. (XXXVI. 4.)

pulation auch im Falle der Abwesenheit des Beklagten von Gericht, hier jedoch nur nach vorgängiger Denuntiation in der Wohnung desselben.[4])

Die Leistung der Caution ist in der Regel an eine bestimmte Frist gebunden, von deren Ablauf die Einweisung in den Besitz abhängt.[5]) Die Ertheilung der Stipulation und der Mission fallen somit nicht in denselben Moment zusammen; sie sind durch eine von der Willkür des Prätors abhängige Zwischenzeit von einander getrennt. Nehmen wir nun dazu, dass dem Stipulationsdecret ein Gesuch der Parthei voraufgeht, und dass auch das Einweisungsdecret von der wirklichen Besitznahme des Eingewiesenen durch einen bald längern, bald kürzern Zeitraum getrennt ist, so ergibt sich, dass das ganze Missionsverfahren in folgende vier Abschnitte zerfällt: 1. die Zeit vor dem Gesuch um Auferlegung der Caution. 2. Die Periode bis zu deren Auferlegung. 3. Der Zwischenraum, welcher das Stipulations- von dem Missionsdecret trennt. 4. Die Zeit von dem Missionsdecret bis zu der wirklichen Besitznahme.

73. Jeder dieser Abschnitte unterliegt einer verschiedenen Beurtheilung. Erfolgt der Einsturz des Nachbargebäudes vor dem Gesuche um Auferlegung der Caution, also zu einer Zeit, in welcher von Seite des Bedrohten noch gar keine Schritte zur Sicherstellung geschehen sind, so kann von einer Einweisung in den Besitz der Ruine so wenig die Rede sein als von einer Stipulation.[1]) Von dieser Strenge wird nur dann eine Ausnahme zugelassen, wenn der Beschädigte an dem rechtzeitigen Gesuch um Caution verhindert war. Aber auch dann tritt niemals Mission ein. Der prætor bedient sich eines Interdicts, um seinem Befehle Gehorsam zu verschaffen.[2])

---

4) Fr. 4. §§ 5. 6. h. t.

5) Fr. 4. § 1. h. t. si intra diem a prætore constituendam non caveatur, in possessionem eius rei mittendus est.

1) Fr. 44. pr. h. t. Quum postulassem ut mihi damni infecti promitteres, noluisti; et prius quam prætor adiretur, ædes tuæ corruerunt, et damnum mihi dederunt. Potius esse ait, ut nihil novi prætor constituere debeat et mea culpa damnum sim passus, qui tardius experiri cœperim.

2) Ueber diese Sätze: Fr. 7. § 2. Fr. 8. Fr. 9. pr. h. t.

Besser steht der Beschädigte, wenn der Einsturz in der zweiten Periode, also nach dem Gesuche um Caution, aber vor erfolgter Zuerkennung eintritt. Zwar kann auch hier von einer Stipulation de damno infecto nicht weiter die Rede sein, mithin die Mission nicht zur Anwendung kommen. Aber der prætor wird stets für den Ersatz des angerichteten Schadens sorgen, bald durch die Auferlegung einer stipulatio de damno præterito, bald durch die Ertheilung einer actio in factum.

Ulpianus in Fr. 15. § 28. De damno inf. (XXXIX. 2.)

Eleganter quæritur: si, dum prætor de danda stipulatione deliberat, damnum contigerit, an sarciri possit? Et missio quidem cessabit. Prætor tamen decernere debet, quicquid damni contigerit, ut de eo quoque caveatur, aut si putat, quod utiliter actionem daturus sit, decernat.

Ueber das Zwangsmittel, dessen sich der prætor zur Ueberwindung des Ungehorsams bedienen wird, gibt Ulpian keine nähere Andeutung. Bei der actio in factum [3]) hilft schon das allgemeine Executionsverfahren. Die Leistung der Satisdation aber lässt sich auch hier so gut als in der ersten Periode durch ein Interdict erzwingen.[4])

Für den dritten Zeitabschnitt findet sich in den Pandecten keine ausdrückliche Bestimmung. Wir sind daher hier auf die rechtliche Würdigung der Verhältnisse hingewiesen. Diese führt zu folgendem Resultat: der Abschluss der auferlegten Stipulation ist völlig überflüssig: denn sie ist auf den bevorstehenden, nicht aber auf den schon erfolgten Schaden gerichtet. Daher kann auch von einem Zwang durch Mission nicht weiter die Rede sein. Nichts desto weniger wird auch hier für den Ersatz des schon angerichteten Schadens gesorgt werden müssen; denn in der dritten Periode kann der Beschädigte unmöglich schlechter stehen als in der zweiten. Aber welches Rechtsmittel wird von dem prætor zu Hilfe gezogen? Soll er auch hier

---

[3]) Denn von einer solchen ist in den Schlussworten: quod utiliter actionem daturus sit, die Rede. Fr. 18. De serv. præd. urb. (VIII. 2.) Fr. 4. § 3. Ne vis fiat. (XLIII. 4.)

[4]) Vgl. Fr. 7. § 2. in fine h. t.

eine cautio de damno præterito auferlegen? Dieser Ausweg wäre sehr bedenklich. Zwei Stipulationen über denselben Schaden, die eine für die Zukunft, die andere für die Vergangenheit, sind nicht vereinbar. Dagegen liegt die Fiction des schon erfolgten Abschlusses der ersten Stipulation sehr nahe und diese entspricht dem Bedürfnisse in allen Theilen. Eine Bestätigung derselben findet sich in der lex galliæ cisalpinæ c. XX. Ueber das Verfahren im Allgemeinen wird hier folgendes festgesetzt:

Qua de re quisque et a quo in Gallia cisalpina damni infecti ex formula restipulari satisve accipere volet, et ab eo, qui ibi ius dicet, postulaverit, idque non calumniæ causa se facere iuraverit, tum is, quo de ea re in ius aditum erit, eum, qui in ius eductus erit, de ea re ex formula repromittere, et, si satisdari debebit, satisdare iubeto, decernito.

Qui eorum ita non repromiserit, aut non satisdederit, si quid interim damni datum factumve ex ea re aut ob eam rem eove nomine erit, quam ob rem, uti damni infecti repromissio satisve datio fieret, postulatum erit, tum magistratus prove magistratu duumvir quatuorvir præfectusve, quocunque de ea re in ius aditum erit, de ea re ita ius dicito, iudicium dato, iudicarique iubeto, cogito, *proinde atque si de ea re, quum ita postulatum esset, damni infecti ex formula recte repromissum satisve datum esset.*

Ueber den Sinn der hier aufgestellten Bestimmung kann kein Zweifel sein. Nur die Vorbedingungen der Fiction scheinen nicht hinlänglich festgestellt. Hat der Gesetzgeber denn wirklich an das Recht der dritten Periode gedacht? Spricht er ausschliesslich von demjenigen Einsturz, welcher sich nach der Auferlegung der Caution, aber vor dem Abschluss der Stipulation ereignete? Unseres Erachtens ist diess allerdings der Fall. Nicht nur das Gesuch, sondern auch die Bewilligung der Stipulation wird vorausgesetzt. Zwar hebt das Gesetz in dem angeführten Abschnitte zweimal die Postulation hervor. Allein diess geschieht nur mit Beziehung auf einen Punkt, für welchen selbst nach dem Stipulationsdecrete immer nur die Postulation maasgebend sein kann. Dagegen weisen die Worte: qui eorum

ita non repromiserit auf den Anfang des Kapitels zurück, und in diesem wird gerade die Auferlegung der Caution angeordnet. Was aber in Gallien eingeführt wurde, das stützte sich doch wohl vorzugsweise auf die römische Praxis, welcher jene Fiction auch späterhin nicht unbekannt war.[5])

Blicken wir auf die drei bis jetzt besprochenen Zeitabschnitte zurück, so ergibt sich, dass in keinem derselben an eine Mission gedacht wird. Die Einweisung erfolgt also nur da, wo der gefürchtete Schaden noch nicht eingetreten ist. Dann aber genügt in der Regel das erlassene Missionsdecret. Die wirkliche Besitznahme wird nicht erfordert. Hiernach stellt sich das Recht der letzten Periode so: Der Eingewiesene verliert die Befugniss zur Besitznahme auch dann nicht, wenn ihm der Einsturz zuvorkommt; er wird an der Ruine dasselbe Recht ausüben, welches ihm der Magistrat an dem baufälligen Gebäude vor erfolgtem Einsturz einräumte. Verzögerung aus Nachlässigkeit macht jedoch jedem weitern Anspruch aus dem Missionsdecrete ein Ende, sobald nicht die Bedingungen der in integrum restitutio vorhanden sind.[6])

73. Eine besondere Erklärung verlangen die Edictsworte: EIUS REI. An diese musste sich nämlich sofort die Frage anknüpfen, ob die schadendrohende Sache in ihrem ganzen Umfange oder nur ein gewisser Theil derselben Gegenstand der Mission sein sollte. Die Bezeichnung *res* liess die eine Auslegung so gut als die andere zu. Auch der Theil eines Hauses oder eines Grundstücks ist eine res, nicht weniger als das ganze Haus und das ganze Grundstück.[1]) Dieser Unbestimmtheit des

---

[5]) Wir finden sie in zwei Anwendungen, wovon die erste in Fr. 4. § 2. Ne vis fiat. (XLIII. 4.) Fr. 15. § 36. De damno inf., die zweite in Fr. 4. § 3. Ne vis fiat enthalten ist.

[6]) Ueber die Regel: Fr. 15. § 34. erste Hälfte, Fr. 44. pr. zweite Hälfte h. t. über die negligentia missi: Fr. 15. § 35. verba: eum tamen &c. h. t.; über die in integrum restitutio Fr. 15. § 32. verba: plerumque &c. h. t. Der Ausdruck in integrum restitutio ist nur der Kürze wegen gewählt, an eine Restitution im gewöhnlichen Sinne ist nicht zu denken. Der prætor wiederholt einfach sein Missionsdecret.

[1]) Fr. 4. § 1. h. t. *Eius rei* sic accipe, sive tota res sit sive pars sit rei.

Wortlauts kam die juristische Theorie zu Hilfe. Man unterschied Gebäude und Grundstücke. Bei den letztern war eine bestimmte Abmarkung des schadendrohenden Theils stets möglich. Hier wurde daher die Einweisung auf denjenigen Bezirk, von welchem die Gefahr drohte, beschränkt.[2]) Für die Gebäude liess sich kein gleich einfaches Princip aufstellen. Hier waren zwei verschiedene Verhältnisse zu berücksichtigen: das der superficies zu dem Grund und Boden, und das der verschiedenen Theile des Gebäudes unter sich. Jenes bot nur geringe Schwierigkeit. Die Mission konnte unmöglich auf die superficies beschränkt werden; denn an der superficies allein liess sich kein Eigenthum übertragen.[3]) In einem einzigen Falle trat hievon eine Ausnahme ein. Waren die schadendrohenden Gebäude ædes vectigales, so beschränkte sich die Mission auf sie und auch das zweite Decret übertrug nicht das Eigenthum, sondern nur das vectigalische Recht an dem Gebäude.[4])

Für das Verhältniss der einzelnen Theile des Gebäudes untereinander wurde eine Regel aufgestellt, welche dem bei Grundstücken befolgten Princip geradezu entgegenlief. Die Einweisung erfolgte in das ganze Gebäude, nicht nur in den einzelnen presshaften Theil. Die Schadhaftigkeit einer Mauer zieht eben den Einsturz des Ganzen nach sich; dieser Zusammenhang macht die Ausscheidung einzelner Theile unmöglich.[5]) Eine Ausnahme tritt bei solchen Gebäuden ein, deren Ausdehnung[6])

---

[2]) Fr. 38. § 1. am Anfang. h. t.

[3]) Fr. 15. § 12. h. t.

[4]) Fr. 15. § 26. h. t. War nicht sowohl ein Gebäude als vielmehr ein Grundstück Gegenstand des vectigalischen Rechts, so liess sich eine ähnliche Trennung zwischen dem Eigenthum und dem Sachenrecht nicht durchführen. Hier trat daher dieselbe Behandlung ein, welcher der ususfructus und die superficies unterworfen waren. Wenn nämlich weder der Eigenthümer noch der Inhaber des Sachenrechts cavirten, so erfolgte eine Mission, welche Eigenthum und Sachenrecht in gleicher Weise ergriff: Fr. 15. § 27. h. t. S. unten in diesem Abschnitt § 81. Andere Erklärungsversuche bei Hesse, die cautio damni infecti. S. 121—123.

[5]) Fr. 38. § 1. h. t. in ædificiis partes quoque reliquæ a vitiosa parte trahuntur.

[6]) Fr. 38. § 1. Fr. 15. § 13. h. t. Vgl. Fr. 15. § 11. h. t.

oder eigenthümliche Bauart[7]) die Gefahr des Einsturzes auf einen bestimmten Bezirk beschränkt.

74. Die Bedingungen der damni infecti stipulatio können in mehreren Personen zu gleicher Zeit in Erfüllung gehen. Bald sind es die Eigenthümer verschiedener Gebäude, bald mehrere Miteigenthümer eines und desselben Gebäudes,[1]) welche den prætor um Ertheilung der Caution und nach Ablauf der festgesetzten Frist um Mission angehen. In einem solchen Falle wird jeder der Bedrohten gerade so eingewiesen, als wäre er allein. Die Beschränkung des Einzelnen ist die Folge des Concurses der Gleichberechtigten. Es ergibt sich hieraus, dass die Verschiedenheit in dem Werthe des Eigenthums und folgeweise der Betrag des den Einzelnen drohenden Schadens den Antheil an der Mission nicht bestimmen.[2]) Eben daher erklärt sich, dass unter den mehrern Eingewiesenen keine Communion, daher auch keine actio communi dividundo entsteht.[3]) Die Kosten, welche der Eine auf die Ausbesserung des schadendrohenden Gebäudes verwendet, können daher den Mitimmittirten nicht zur Last fallen.

75. Wir haben hier zunächst den einfacheren Fall vorausgesetzt, in welchem die mehreren Bedrohten sich zu gleicher Zeit um die Mission an den prætor wenden. Besondere Betrachtung verlangt das successive Auftreten derselben. Hier ist der Eine bereits eingewiesen, und nun erst richtet der Zweite dasselbe

---

7) Fr. 15. § 14. h. t.

1) Fr. 5. § 1. h. t. — si aliquot sint, qui caveri sibi desiderant, et alius pretiosiores alius viliores habeat ædes, sive unius domus plures habeant dispares partes.

2) Fr. 5. § 1. Fr. 15. § 18. Fr. 40. § 4. Vgl. Fr. 15. § 15. h. t.

3) Fr. 7. §§. 8. 9. Comm. div. (X. 3). Ulpianus libro XX. ad edictum. Bei der missio legatorum und bei der missio ventris nomine wurde ausnahmsweise eine utilis communi dividundo actio zugelassen; sie war besonders für den Antheil der Kosten von Bedeutung; bei der missio damni infecti causa fiel dieser Grund weg. Hier wurde entweder der Eigenthümer zum Ersatz angehalten oder es kam zum zweiten Decret und dieses erzeugte dann eine directe communi dividundo actio, mit welcher auch die zuvor schon gemachten Auslagen eingeklagt werden konnten. Unten § 82. n. 11.

Gesuch an den Magistrat. Diesen Fall hatte das prätorische Edict besonders berücksichtigt und darüber folgendes festgesetzt: [1])

EIUS REI NOMINE IN CUIUS POSSESSIONEM MISERO SI AB EO QUI IN POSSESSIONE ERIT, DAMNI INFECTI NOMINE NON SATISDABITUR EUM CUI NON SATISDABITUR SIMUL IN POSSESSIONE ESSE IUBEO.

Hienach begründet die Mission des einen Nachbars kein Hinderniss für die des zweiten. Eine Prävention findet nicht statt, auf die Reihenfolge des Auftretens kommt nichts an.[2]) Dagegen bleibt es dem zuerst Eingewiesenen unbenommen, die Defension des Grundstücks gegen die später auftretenden Nachbarn selbst zu übernehmen, und sich auf diese Weise das ausschliessliche Recht zu sichern. Diese Vertretung geschieht durch Bestellung von Bürgschaft, weil sie in fremdem Namen, nämlich in dem des Eigenthümers erfolgt.

Die Anwendung des hier aufgestellten Princips erleidet in einem Falle eine bemerkenswerthe Modification. Hat nämlich der Eigenthümer des schadendrohenden Grundstücks selbst noch ein zweites Gebäude, das durch den Einsturz des erstern mit gefährdet wird, so kann er für sich nicht dasselbe Recht in Anspruch nehmen, welches den übrigen Nachbarn von dem prætor zugesichert ist. Dieser Satz erhält dann besondere Bedeutung, wenn der bisherige dominus sein Eigenthum durch freiwillige Dereliction dem missus überlässt.[3]) Ohne eine solche Cession bleibt er ja bis zu dem zweiten Decret selbst Eigenthümer, kann mithin in keinem Falle gegen sich selbst Immission verlangen.

Was von der freiwilligen Dereliction gilt, das kommt auch bei der durch ein zweites Decret erzwungenen zur Anwendung.

---

[1]) Fr. 7. pr. h. t.

[2]) Fr. 15. § 15. h. t. Si plures sunt, qui postulent, ut caveatur, omnes mitti in possessionem solent. Idemque Labeo probat, et si prius quis in possessionem missus sit et alius mitti desideret; nam non spectabimus ordinem, sed habebunt ambo possessionem.

[3]) Von einer solchen Cession spricht Fr. 16. h. t., und auch diejenige Stelle, in welcher unser Satz enthalten ist, bezieht sich ausdrücklich auf dieselbe Cession. Fr. 14. § 11. h. t.

Auch hier wird der frühere Eigenthümer des baufälligen Hauses nicht selbst zur Stipulation und Mission gegen den Eingewiesenen zugelassen,[4]) aber diess wohl nur so lange, als dieselbe Gefahr fortdauert.[5])

76. So viel über die Immission mehrerer Berechtigter. Eine gleiche Mehrheit der Betheiligten kömmt auch auf Seite der beklagten Parthei vor, wenn das baufällige Gebäude im Miteigenthum Mehrerer steht. Von diesen ist jeder Einzelne nur zur Vertretung seines Antheils verpflichtet. Er cavirt daher nur nach Maassgabe seines Eigenthums,[1]) und die Mission erfolgt nur in seine Portion, nicht in die des condominus, der für seine Rate Sicherheit bestellt.[2]) Aber auch dieser leidet unter den Folgen der gegen den Miteigenthümer verhängten Einweisung. Auch seine Administration wird durch die custodia des Fremden gehemmt. So hat die Weigerung eines einzigen Miteigenthümers denselben Erfolg wie die Weigerung aller; mithin sieht sich jeder Einzelne in die Nothwendigkeit versetzt, auch für die übrigen zu caviren, wenn die Einweisung des bedrohten Nachbars abgewendet werden soll. Diese Sätze rechtfertigen sich durch die Natur der Immission, durch die Ana-

---

4) Fr. 13. § 11. h. t. Der Entscheidungsgrund, welchen diese Stelle anführt, ist so allgemeiner Natur, dass die freiwillige und die nothwendige Cession gleichmässig unter denselben fallen.

5) Tritt späterhin eine neue Schadhaftigkeit ein, so ist der frühere Eigenthümer gegen *diese* sowohl zur Stipulation als zur Mission zuzulassen. Eine ausdrückliche Entscheidung lässt sich hiefür allerdings nicht beibringen; ebensowenig ist in unsern Quellen die Frage entschieden, ob der spätere Ankauf eines der Nachbarhäuser wie der gleichzeitige Besitz desselben zu beurtheilen ist. Man wird hier besonders auf gefährdeloses Benehmen Rücksicht nehmen.

1) Fr. 27. h. t. — contra si plures domini sint vitiosarum ædium, pro sua quisque parte promittere debet, ne singuli in solidum obligentur. Fr. 40. § 3. h. t. Fr. 10. Fr. 20. § 2. De interr. in iure (XI. 1.) Die Worte: ædes quæ damnose imminent zeigen, dass hier nicht von der actio ex stipulatu, wie im § 2, sondern von der Forderung der Stipulation selbst die Rede ist; damit vertragen sich die Ausdrücke competit und convenire gar wohl, denn die prätorische Stipulation vertritt die Stelle einer Klage.

2) Fr. 5. § 1. h. t. si plures sunt domini, qui cavere debent, et aliquis non caveat, in portionem eius mittetur. Fr. 20. § 1. De interr. in iure (XI. 1.)

logie der missio legatorum servandorum,[3]) endlich durch folgendes Fragment aus Ulpians XXXIII Buch zum Edict.

Fr. 23. De damno inf.

In stipulatione damni infecti, quæ ædium nomine interponitur, nisi in solidum fuerit cautum, mittetur in possessionem.

Diese Stelle scheint auf den ersten Anblick in geradem Widerspruch mit denjenigen Fragmenten, welche dem Miteigenthümer eine seinem Antheil entsprechende Caution auferlegen. Hier wird im Gegentheil eine Sicherstellung für den *ganzen Betrag* des Schadens gefordert. Noch mehr. Während wir oben den Grundsatz der Einweisung in portionem fanden, ist hier von einer völlig unbeschränkten missio in possessionem die Rede. Diese Störung des Zusammenhangs scheint sich auf sehr einfache Weise entfernen zu lassen. Warum nicht annehmen, dass Ulpian gar nicht von mehreren Miteigenthümern des schadhaften Gebäudes, sondern von dem Normalfall eines einzigen dominus spreche?[4]) Allein eine solche Beschränkung ist der Stelle selbst fremd, und der dadurch gewonnene Satz zu einleuchtend, als dass es einer besondern Hervorhebung desselben bedurft hätte. Ulpian umfasst vielmehr beide Möglichkeiten: ausschliessliches Eigenthum eines Einzigen und Miteigenthum Mehrerer. Auch in dem letzten Falle wird eine cautio in solidum verlangt und eine missio in possessionem ohne alle Beschränkung zugesagt. Die cautio pro parte hat also keine Wirkung; die Einweisung erfolgt unter allen Umständen so lange, bis dem Berechtigten für den ganzen Schaden Sicherheit geleistet ist.

77. Unter den Miteigenthümern des gefahrdrohenden Grundstücks kann sich der bedrohte Nachbar selbst befinden. Hier ist der einzige Eigenthümer des bedrohten Hauses Miteigen-

---

[3]) Fr. 5. § 11. Ut in poss. leg. (XXXVI. 4.) Si ex duobus heredibus alter satisdare sit paratus, alter non, in partem eius missio locum utique habere debet. Missi itaque legatarii impedient etiam eum, qui satisdedit, rei administratione; quare suadendum erit heredi, ut in assem satisdet, ne administratio eius impediatur.

[4]) Schulting ad h. f.

thümer des drohenden. In diesem Falle kann es eben so wenig zu einer Mission kommen, als in dem entsprechenden oben behandelten,[1]) welcher auf Seite der bedrohten Parthei eine Mehrheit von Eigenthümern, auf Seite der drohenden nur einen einzigen dominus zeigt. Der Grund ist jedoch hier ein ganz anderer. Der Miteigenthümer des baufälligen Gebäudes kann die erforderlichen Reparaturen selbst vornehmen und mit der actio communi dividundo oder pro socio theilweisen Ersatz seiner Auslagen fordern. Die subsidiäre stipulatio de damno infecto wird also hier nie zur Anwendung kommen.[2])

78. Die von dem prætor ertheilte Mission wird in zwei Fällen hinterher unwirksam: zuerst, wenn der Eingewiesene das Grundstück mit der Absicht der Dereliction wieder verlässt;[1]) überdiess wenn der gefürchtete Einsturz während einer verschuldeten Zögerung des missus noch vor erfolgter Besitznahme wirklich eingetreten ist.[2])

79. Die Aufhebung der Mission wird durch die Leistung der geforderten Sicherheit bedingt. Ist der Schaden mittlerweile schon erfolgt, so genügt die cautio de damno futuro nicht; es muss auch für den Ersatz des schon eingetretenen gesorgt werden.[1]) Dabei entsteht die Frage, bis auf welchen Zeitpunkt zurückgegangen werden soll, ob auf den der erfolgten Besitznahme, oder noch weiter auf den des ertheilten Missionsdecrets? Die Consequenz entscheidet für das Letztere. Die Stipulation muss auf den Tag der erfolgten Einweisung zurückdatirt werden. Denn da, wo das Missionsdecret durch den nachfolgenden Einsturz selbst nicht unwirksam wird, da kann es auch nicht eher ausser Kraft gesetzt werden, als bis für den ganzen seit dessen

---

[1]) Oben § 75.

[2]) Fr. 32. h. t.

[1]) Fr. 15. § 35. erste Hälfte h. t. die Worte: restituendum in possessionem zeigen, dass auch da, wo nicht animo derelinquentis, sondern meta ruinæ das Grundstück verlassen worden ist, ein zweites Missionsdecret nöthig wird.

[2]) Die hieher gehörigen Fragmente s. oben § 72.

[1]) Fr. 15. § 34. h. t.

Erlassung eingetretenen Schaden Caution geleistet ist. So entscheidet Ulpian. Er will die Zurückdatirung auf den Tag des Decrets überall da eintreten lassen, wo die Mission durch den vor erfolgter Besitznahme stattfindenden Einsturz nicht entkräftet wird.[2]) Weniger consequent sind die Ansichten von Labeo und Sabinus. Jener rechnet in allen Fällen auf den Tag des Decrets, dieser eben so allgemein auf den der Besitznahme zurück. Und doch scheint es, dass Beide über die Bedeutung des Einsturzes nach der Mission, aber vor der Besitznahme, also in dem vierten Stadium des Verfahrens, keiner abweichenden Meinung folgten.

Ausser der Sicherstellung für den schon erfolgten und zukünftigen Schaden wird auch der Ersatz sämmtlicher Refectionskosten gefordert, mögen diese nun zur Verhütung des Einsturzes,[3]) oder nach schon erfolgtem Einsturze[4]) aufgewendet worden sein. In beiden Fällen gibt der prætor überdiess eine in factum actio,[5]) welche auch nach schon erfolgter Räumung des Grundstücks geltend gemacht werden kann.

80. Die Rechte des Eingewiesenen beschränken sich auf Detention und custodia.[1]) Von wahrem Besitz ist keine Rede. Weiter geht das zweite Decret. Der Prätor edicirt:

ET CUM IUSTA CAUSA ESSE VIDEBITUR, ETIAM POSSIDERE IUBEBO.

Der Ausdruck possidere lässt zwei Auslegungen zu. Es gibt einen Interdicten- und einen Usucapionsbesitz. Welcher von beiden ist hier anzunehmen? Die römischen Juristen entscheiden sich für den Usucapionsbesitz.[2]) Das wird durch folgende Zeugnisse über allen Zweifel erhoben.

---

[2]) Fr. 15. § 32. h. t. S. oben § 72.

[3]) Fr. 15. § 31. am Ende. h. t.

[4]) Fr. 15. § 34. in der Mitte. h. t.

[5]) Fr. 15. § 34. verba: potest autem h. t.

[1]) Fr. 3. § 23. Fr. 10. § 1. De acq. vel am. poss. (XLI. 2.) Fr. 12. Quib. ex caus. (XLII. 4.)

[2]) Man hat sich daran gewöhnt, unter Usucapionsbesitz den Besitz des bonæ fidei possessor zu verstehen. In diesem Sinne gebraucht namentlich Hesse, die cautio damni infecti § 5, den Ausdruck. Hier dagegen wird

Fr. 15. § 16. De damno inf.

Julianus scribit: eum, qui in possessionem damni infecti nomine mittitur, non prius incipere per longum tempus dominium capere, quam secundo decreto a prætore dominus constituatur.

So sehr auch das per longum tempus dominium capere die Hand der Compilatoren verräth, so wenig kann doch die ursprüngliche Bedeutung dieses Fragments zweifelhaft sein. Julians Behauptung geht dahin: das erste Decret gibt dem Eingewiesenen noch keinen Usucapionsbesitz, wohl aber das zweite. Die Schlussworte: dominus constituitur können erst später erklärt werden.[3])

Fr. 12. D. eod. (Paulus.)

His, qui pignori rem acceperunt, potior est is, cui damni infecti non cavetur, si possidere et per longum tempus rem capere ei permissum fuerit.

Paulus erläutert hier den Edictsausdruck *possidere* durch den Zusatz: per longum tempus rem capere, zum deutlichen Beweise, dass unter der possessio des zweiten Decrets der Usucapionsbesitz zu verstehen ist.

Fr. 5. pr. D. eod. (Paulus.)

Prætoris officium est, ut missus in possessionem etiam eam per longi temporis spatium in suum dominium capere possit.

Die Erklärung dieser Stelle ergibt sich aus folgender Bemerkung. Das Recht, die Caution aufzuerlegen und im Weigerungsfalle Mission zu ertheilen, war auch den Municipal-Magistraten eingeräumt.[4]) Die Dringlichkeit der Gefahr nöthigte den prætor zu dieser Concession.[5]) Das zweite Decret dagegen brauchte nicht in gleicher Weise beschleunigt zu werden. Daher blieb diess in allen Fällen

---

ihm eine ganz andere Bedeutung beigelegt. Jeder Besitz, der zur Usucapion führt, ist darunter verstanden. Ob er sich in den Händen eines bonæ fidei possessor oder eines bonitarischen Eigenthümers befindet, ist völlig gleichgiltig.

[3]) Unten § 81.

[4]) Lex galliæ cisalpinæ c. XX. Fr. 7. pr. h. t. verba: EIUSVE, CUIUS DE EA RE IURISDICTIO FUIT QUAE MEA EST. Fr. 4. besonders § 3. h. t.

[5]) Fr. 1. h. t.

der prätorischen Jurisdiction vorbehalten.[6]) Für die Ertheilung des Usucapionsbesitzes musste man sich stets an den Magistrat des römischen Volkes wenden. Seinem officium war es anheimgegeben, den missus zum Besitzer mit dem Rechte der Usucapion zu erheben. Diess geschah eben durch das zweite Decret.[7])

81. Eine besondere Betrachtung verlangt das Vectigalrecht.

Ulpianus libro LIII ad edictum.

In Fr. 15. §§ 26. 27. De damno inf.

Si de vectigalibus ædibus non caveatur, mittendum in possessionem dicemus, nec iubendum possidere; nec enim dominium capere possidendo potest; sed decernendum ut eodem iure sit, quo foret is, qui non caverat; post quod decretum vectigali actione uti poterit. § 27. Sed in vectigali prædio, si municipes non caverint, dicendum est, dominium per longum tempus acquiri.

Im § 26 wird die Mission gegen den Inhaber des Vectigalrechtes an einem Gebäude besprochen. Das erste Decret lautet hier gerade so, wie bei der Einweisung gegen den vollen Eigenthümer. Der Bedrohte erhält Detention und custodia. Eine Abweichung tritt dagegen bei dem zweiten Decrete ein. Das Vectigalrecht ist kein Gegenstand des Usucapionsbesitzes. Das zweite Decret lautet also hier nicht auf possessio, sondern auf Substitution in das Sachenrecht des Ausgewiesenen. Eine andere Behandlung tritt dann ein, wenn nicht ein Gebäude, sondern ein Grundstück Gegenstand des Vectigalrechtes ist. In diesem Fall wird niemals gegen den Inhaber des Sachenrechts allein, sondern stets auch zugleich gegen den Eigenthümer eingewiesen; Gegenstand der Mission ist daher nicht nur das Vectigalrecht, sondern das volle Eigenthum, dominium und ius prædii zugleich. Daher sieht sich hier der Eigenthümer, das heisst das municipium, zur Cautionsleistung genöthigt. Daher wird auch das zweite Decret ganz denselben Inhalt haben wie

[6]) Fr. 4. § 4. h. t.

[7]) Fr. 5. Fr. 7. § 9. Comm. div. (X. 3.) — Fr. 1. pr. De fundo dot. (XXIII. 5.) Fr. 15. § 17. Fr. 18. § 15. Fr. 44. § 1. De damno inf.

bei der Mission gegen ungetheiltes Eigenthum. Es wird auf possessio lauten, nicht wie bei den ædes vectigales, auf Uebertragung des Sachenrechts. Denn in dem prædium vectigale hat die Mission einen usucapionsfähigen Gegenstand, nicht so in den ædes vectigales. Diesen Unterschied sucht der Jurist so nachdrücklich als möglich hervorzuheben. Daher im § 26 der Beisatz: nec enim dominium capere possidendo potest, daher im § 27 der Gegensatz: dicendum est, dominium per longum tempus acquiri. Nicht die Nothwendigkeit der Ersitzung, sondern die Usucapionsfähigkeit des Gegenstandes wird hervorgehoben.

Die verschiedene Behandlung des vectigalischen Rechts je nach seinem Gegenstande hat einen sehr augenfälligen Grund. Bei einem prædium ist es sehr schwer, ja in den meisten Fällen völlig unmöglich, genauer nachzuweisen, auf wessen Rechnung der drohende Zustand des Grundstücks zu schreiben ist, ob auf Rechnung des Eigenthümers oder auf die des Vectigalberechtigten; folgeweise kann auch die Mission nicht ausschliesslich gegen den Einen oder gegen den Andern verhängt werden. Anders bei dem Gebäude. Hier fällt der Ursprung der Gefahr deutlich in die Augen. Hier ist es also stets möglich, die Mission auf den schuldigen Theil zu beschränken.

Das Resultat lässt sich so zusammenfassen: das zweite Decret erhebt den Eingewiesenen zum Eigenthümer, sobald die Mission gegen den Eigenthümer, zum bonæ fidei possessor, sobald sie gegen einen bonæ fidei possessor gerichtet ist. Unter Eigenthum ist aber stets nur das in bonis zu verstehen; das quiritarische kann nur durch Usucapion hinzuerworben werden.

82. Mit dem Eigenthum des Eingewiesenen ist der Mitbesitz des bisherigen dominus nicht weiter verträglich.[1]) Ebensowenig kann jetzt noch von Seiten des Ausgewiesenen Caution offerirt und so das frühere Verhältniss wieder hergestellt werden.[2]) Dagegen sieht sich der missus jetzt selbst zur Cautionsleistung

[1]) Fr. 15. § 23. h. t.
[2]) Fr. 15. § 33. h. t.

in eigenem Namen verpflichtet, gleich jedem andern Eigenthümer. Gegen ihn wird im Falle der Weigerung dasselbe Verfahren eingeschlagen, was zu seinen Gunsten gegen den frühern Eigenthümer durchgeführt wurde.[3])

Die Erlassung des zweiten Decrets erfolgt nur nach vorgängiger causæ cognitio.[4]) Der prætor berücksichtigt dabei namentlich zwei Umstände: die hartnäckige Weigerung und die Verschollenheit des bisherigen Eigenthümers, jene im Fall der Gegenwart, diese im Fall der Abwesenheit des Cautionspflichtigen.[5]) In beiden Fällen liegt die Dauer der Zwischenzeit einzig und allein in der Willkür des Magistrats. Sie wird daher je nach den Verhältnissen verschieden, und insbesondere gegen solche Personen, welche sich ohne ihre Schuld in der Unmöglichkeit befinden, die geforderte Caution zu bestellen, von längerer Dauer sein.[6]) Eine in integrum restitutio ist übrigens auch hier unter den gewöhnlichen Bedingungen zulässig.[7])

Mehrere durch das erste Decret Eingewiesene werden im einander zu Eigenthümern erhoben, und diess selbst dann, wenn sie nicht zu gleicher Zeit, sondern nach und nach mittirt worden sind.[8]) Die Beschränkung jedes Einzelnen auf einen

---

[3]) Fr. 15. § 15. h. t. — Quodsi iam prior possidere iussus sit, et alius damni infecti caveri desideret, tunc, nisi caveat, mittetur in possessionem posterior. Fr. 15. § 17. h. t. — si vero iam constituto domino eo, qui primus in possessionem missus est, Titius damni infecti sibi caveri desideret, cessante primo cavere, solus Titius erit in possessione. Diese beiden Stellen handeln völlig von demselben Fall. Die Entscheidung ist auch beide Male dieselbe, wenn schon die Worte etwas verschieden lauten. Solus Titius ist eine Ausdrucksweise, welche sich am besten aus dem Gegensatze: SIMUL IN POSSESSIONE ESSE IUBEO (Fr. 7. pr. am Ende h. t.) erläutert.

[4]) Fr. 4. § 4. Fr. 7. pr. h. t.

[5]) Fr. 15. § 21. h. t. — — Ergo intervallum aliquod debebit intercedere, quo aut pro derelicto ædes longo silentio dominus videatur habuisse, aut misso in possessionem et aliquamdiu immorato nemo caveat. Vgl. Fr. 4. § 4. h. t.: si forte duretur non caveri — Fr. 5. Comm. div. (X. 3.) ganz allgemein: si res non defenderetur.

[6]) Fr. 15. § 22. h. t.

[7]) Fr. 15. §§ 22. 33. h. t. Fr. 4. § 4. h. t. verba: item ut ex causa decedatur de possessione. Fr. 19. pr. h. t.

[8]) Fr. 15. § 17. h. t.

bestimmten Antheil ist die Folge des Concurses der mehrern Gleichberechtigten.[9]) Das Miteigenthum erzeugt die communi dividundo actio directa,[10]) mit welcher hier ausnahmsweise auch für die vor dem Beginn der communio gemachten Auslagen Ersatz gefordert werden kann. Diese Ansicht wurde von Pomponius und Ulpian vertheidigt.[11]) Sie ruht auf der Idee, dass das erste Decret doch eigentlich nur die Einleitung und Vorbereitung des zweiten sei, dass folgeweise der Beginn der Communion auf das erste zurückgeführt werden müsse. Julian verfocht die entgegengesetzte Meinung.[12])

83. Das bisher dargestellte Missionsverfahren zeichnet sich durch zwei Eigenthümlichkeiten vor den übrigen Einweisungen aus: durch die Specialität seines Gegenstandes und durch die endliche Uebertragung des Eigenthums. Beide hängen aufs genaueste zusammen, und sind eine Folge der Ansicht, dass die aus dem Eigenthum entspringende Verpflichtung nothwendig mit dem Eigenthum selbst wegfällt. In diesem Grundsatz der Mission liegt auch die Grenze ihrer Anwendbarkeit. Nur diejenige Gefahr, welche durch den *Zustand der Sache* herbeigeführt wird, kann sie rechtfertigen; nicht so diejenige, welche in einer *Handlung des Herrn* ihren Grund hat. Diese steht in gar keinem Zusammenhang mit dem Eigenthum an dem Grundstück, kann daher auch in keinem Fall den Eigenthumswechsel herbeiführen.

Unter den Handlungen, welche der Eigenthümer auf seinem Grund und Boden vornehmen mag, sind nun besonders diejenigen auszuzeichnen, welche eine Umgestaltung des Gebäudes oder der Terrainverhältnisse bezwecken. Auch bei diesen ist die Mission unanwendbar. Die Gefahr, welche aus einer solchen

---

9) Fr. 15. § 18. h. t. — æqualiter omnes quasi in totum missi concursu partes habebunt. Was für das erste Decret gilt, das findet auch bei dem zweiten Anwendung.

10) Fr. 7. § 9. Comm. div. (X. 3.)

11) Fr. 5. Comm. div. Fr. 15. § 19. h. t.

12) Fr. 4. § 4. Comm. div. In Fr. 5. D. eod. referirt Julian einfach die Ansicht des Proculus, ohne dieselbe zu billigen.

baulichen Unternehmung für den Nachbar entsteht, hat ihren Grund in der Thätigkeit des Eigenthümers, nicht in dem Zustand des Grundstücks, kann daher auch den Eigenthumswechsel niemals rechtfertigen. Das behält selbst dann seine Richtigkeit, wenn nicht mehr die Handlung als solche, sondern das jedesmalige Resultat derselben als der unmittelbare Träger der Gefahr erscheint. Jeder einzelne Fortschritt des Baues wird als das Ergebniss, gewissermaassen als die Verkörperung der Thätigkeit des Bauenden aufgefasst, und daher selbst als ein Theil der Handlung, nicht als definitiver Zustand beurtheilt. In dem vollendeten Werke endlich treffen beide Gesichtspunkte zusammen. Die Gefahr des Einsturzes eines neugebauten Hauses erscheint nach der einen Seite als die Folge der Thätigkeit des Bauenden, als ein vitium operis,[1]) nach der andern dagegen als ein in der Sache selbst liegender Mangel, ein vitium ædium. Die letztere Auffassung begründet die Anwendung der Mission. Die erste dagegen fällt unter die für alle Handlungen überhaupt geltende Regel.

Wir sind hier bei einem Satze angelangt, welcher die höchste Beachtung verdient. Wir finden nämlich, dass nicht jede Gefahr, für welche die damni infecti cautio verlangt werden kann, auch zugleich die Anwendung der Mission begründet, dass vielmehr zwischen dem vitium loci et ædium auf der einen Seite, und dem vitium operis auf der andern Seite unterschieden werden muss. *Die Weigerung der Cautionsleistung wegen des vitium operis führt nie zu der Mission, nie zur Uebertragung des Eigenthums.* Mit diesem Resultat stimmt die Fassung des Edicts, welche wir unserer früheren Erörterung zu Grunde legten, überein. Die Worte: IN POSSESSIONEM EIUS REI IRE IUBEBO finden keine Anwendung auf opera. Unter der res werden nur Gebäude und Grundstücke begriffen, von einer missio in opera ist in dem ganzen Umfang unserer Quellen nirgends die Rede.

[1]) Fr. 24. pr. am Ende h. t. sed quod dictum est de operis vitio, sic accipiendum est, etiam si proponas, non tantum tempore, quo opus fit, sed etiam si postea contingat; quid enim, si ideo, quia male ædificatum erat, corruit?

84. So ergibt sich denn, dass die Caution wegen operis vitium nicht in den Zusammenhang des prätorischen Edicts, wie uns dasselbe von Ulpian in Fr. 7. pr. De damno inf. erhalten ist, passt. Die ganze Anlage desselben setzt einen wesentlich gleichen Umfang beider Rechtsmittel, der Caution und der Mission, voraus. Ueberall, wo die Sicherheit verweigert wird, heisst es, soll Einweisung und Eigenthumsübertragung erfolgen. Wir dürfen hieraus wohl mit Sicherheit schliessen, dass die damni infecti cautio erst in Folge einer spätern Ausdehnung auf das vitium operis übertragen wurde. Wir finden auch wirklich, dass in der frühern Zeit für einzelne Fälle des damnum operis durch besondere Rechtsmittel gesorgt war, so durch die aquæ pluviæ arcendæ actio, wenn die zur Veränderung des Wasserlaufs auf einem Grundstück gemachte Vorrichtung dem benachbarten Felde gefährlich wird;[1]) so nach einer Bestimmung der XII Tafeln durch die Auferlegung einer Caution an den Eigenthümer einer über öffentliches Land geführten Wasserleitung zur Sicherung des bedrohten Nachbars.[2]) Wozu diese Vorsorge, wenn die vitia operis damals schon zu der damni infecti cautio berechtigten?

85. Aber auch in der Herbeiziehung der opera lässt sich eine gewisse Stufenfolge beobachten. Zunächst wurde die Caution nur bei denjenigen Unternehmungen gestattet, welche die bauliche Umgestaltung, sei es eines Hauses, sei es eines Grundstücks, bezweckten. Also fand nicht jede Handlung Berücksichtigung, sondern nur diejenige, welche einen neuen Zustand der Localität herbeiführen sollte. In dieser Grenz-

---

[1]) In einigen Punkten war jedoch die actio aquæ pluviæ arcendæ ein beschränkteres Rechtsmittel als die damni infecti cautio. Fr. 8. § 3. Fr. 4. § 2. De aqua (XXXIX. 3.) Daher hatte die Caution nach ihrer spätern Erweiterung auch neben der althergebrachten Klage öfters Anwendung.

[2]) Fr. 5. Ne quid in loco publico. (XLIII. 8.) Si per publicum locum rivus aquæductus privato nocebit, erit actio privato ex lege XII tabularum, ut de noxa domino caveatur. Ich sehe nicht ein, wie Gothofredus in den Noten zu der VIII Gesetztafel (Otto thes. iur. III. p. 180.) zu der Behauptung kommt, dass nicht die XII Tafeln selbst, sondern die Interpretation der Juristen jenen Satz aufstellte.

bestimmung erscheint der alte Zusammenhang der Caution mit den Bodenverhältnissen noch wirksam. Früher konnte man sich nur gegen den drohenden Zustand eines Gebäudes oder eines Terrains schützen; jetzt fand auch diejenige Gefahr Berücksichtigung, welche nicht sowohl in dem gegebenen Zustande, als vielmehr in der Umgestaltung desselben, und in der Herbeiführung eines neuen ihren Grund hatte. Träger der Gefahr blieb also immer nach wie vor ein Grundstück; nur war an die Stelle des ruhenden Zustandes der in der Umbildung begriffene getreten. Dieser Zusammenhang wird von Gaius in Fr. 19. § 1. De damno inf. nicht undeutlich hervorgehoben:

Sive ædium vitio, sive operis, quod vel in ædibus vel in loco urbano aut rustico, privato publicove fiat, damni aliquid futurum sit, curat prætor, ut timenti damnum caveatur.

Die Grenzen, innert welchen die Caution zur Anwendung kommt, werden hier genau so bestimmt, wie es zuvor von uns geschehen ist. Nicht jedes opus findet Berücksichtigung, sondern nur dasjenige, welches die Umgestaltung eines Gebäudes oder eines Grundstücks bezweckt.

Die einzelnen baulichen Unternehmungen selbst können nun sehr verschiedener Art sein. Häufig bestehen sie in der Anlegung eines Werkes, z. B. eines Hauses, eines Backofens,[1] eines Düngerplatzes,[2] eines Wasserkanals,[3] also allgemein in einem Bauen (ædificare);[4] häufig auch in einem Niederreissen und Zerstören (destruere, demoliri);[5] andere Male wieder in einem Graben (fodire).[6] Alle diese Unternehmungen fallen unter den Begriff eines opus, welches zu der damni infecti cautio be-

[1] Fr. 24. § 7. h. t.

[2] Fr. 17. § 2. Si serv. vind. (VIII. 5.)

[3] Fr. 18. 29. De serv. pr. urb. (VIII. 2.)

[4] Fr. 18. § 11. Fr. 24. pr. am Ende. Fr. 18. Ratam rem. (XLVI. 8.) — cavet enim: Si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, *ædificabitur*. Vgl. dazu Fr. 43. pr. h. t.

[5] Fr. 35. Fr. 36. Fr. 37. Fr. 43. §. 1. Fr. 45. h. t. Vgl. Fr. 1. § 12. De op. nov. nunt. — opera — quorum ædificatio vel *demolitio* videtur opus novum continere.

[6] Fr. 18. Ratam rem. (XLVI. 8.) Fr. 24. § 12. h. t.

rechtigt. Eben dahin gehören auch alle diejenigen Handlungen, ohne welche weder gebaut, noch niedergerissen, noch gegraben werden kann: also das Herbeischaffen des Baumaterials, das Wegführen des Schuttes, die Reinigung der Wasserabzüge und Cloaken.[7]) Alle diese Vorrichtungen fallen unter den Begriff des Hauptwerkes, welchem sie dienen; besonders hervorgehoben werden sie nur selten.

Im Einzelnen sind die Bestimmungen unserer Quellen über die zur cautio damni infecti berechtigenden opera sehr mangelhaft. Wie sind z. B. die Arbeiten des Landmanns zu beurtheilen, wenn das Ernten, das Umschlagen der Bäume, das Beschneiden des Weinstocks dem Nachbar Gefahr bereitet? Hier muss mit Hilfe der allgemeinen Principien entschieden werden. Alles hängt von der Frage ab, ob jene Arbeiten eine Umgestaltung der Bodenverhältnisse enthalten? Diess dürfte mit Bestimmtheit in Abrede zu stellen sein. Nicht der Zustand des Bodens, sondern nur der seiner Erzeugnisse erleidet eine Aenderung. Daher kann auch die operis novi nuntiatio in keinem der genannten Fälle Anwendung finden.[8]) Von dieser Seite ist also kein Zweifel. Dagegen aber lässt sich auch ein anderer Gesichtspunkt vertheidigen. Der drohende Einsturz eines alten Baumes begründet die damni infecti cautio; das vitium arborum wird mit dem vitium loci gleich behandelt.[9]) Liegt nun die Gefahr nicht in dem Zustand des Baumes, sondern in der auf ihn gerichteten Thätigkeit des Eigenthümers, so scheint dieselbe Ausdehnung der damni infecti cautio gerechtfertigt zu sein, welche auch bei dem Gebäude zugelassen wurde. Nach diesem Gesichtspunkte muss die Caution bewilligt werden, und zwar nicht nur dann, wenn es sich um völliges Umschlagen handelt, sondern schon dann, wenn das blosse Beschneiden der Aeste mit Gefahr für den Nachbar verbunden ist. Denn auch

---

7) Fr. 1. § 1. De via publ. (XLIII. 11.) — sed et purgare refectionis portio est; reficit enim et qui aperit et qui purgat et omnes omnino qui in pristinum statum reducunt. Fr. § 11. De op. nov. nunt.

8) Fr. 1. § 12. De op. nov. nunt.

9) Fr. 24. § 9. h. t.

bei Gebäuden ist nicht die völlige Zerstörung nöthig, sondern es genügt eben so gut das theilweise Umbauen.

Dieser eine Fall mag genügen. Wir können uns an demselben überzeugen, wie manchen Zweifeln die Grenzen der damni infecti cautio wegen operis vitium unterworfen sind.

86. In dem Bisherigen haben wir stillschweigend vorausgesetzt, dass die zur Caution verpflichtenden opera von dem Eigenthümer des Gebäudes oder des Bodens, auf welchen sie sich beziehen, ausgeführt werden. Es lässt sich auch nicht läugnen, dass diess gerade der gewöhnliche, häufigste Fall sein wird. Aber der einzige ist es nicht. Das Bauunternehmen kann auch auf dem Grundstück eines Dritten, ja sogar auf öffentlichem Land [mag es publicum oder commune omnium[1]) sein] zur Ausführung kommen, jenes kraft einer Servitut, dieses in Folge einer allgemeinen Befugniss. Diese beiden Fälle verdienen darum eine besondere Hervorhebung, weil in ihnen zuerst eine Trennung des vitium operis von dem vitium loci oder ædium hervortritt. Der Eigenthümer des Bodens, auf welchem die Anlage errichtet wird, cavirt sowohl de loci als de operis vitio; der Nichteigenthümer nur für die Gefahr der Anlage; für die Gefahr des Bodens oder des Gebäudes aber der Eigenthümer oder bei öffentlichem Land Niemand.[2])

Von dem Servitut-Berechtigten spricht Ulpian.

In Fr. 30. pr. § 2. De damno inf.

Damni infecti stipulatio pertinet etiam, si quid eius operis, quod in fundo meo aquæ ducendæ causa fit, vitio damnum mihi contigerit, solet enim opus in alieno fieri, cum iure servitutis, quam quis habet alieno agro impositam, opus in alieno faciat. § 2. Quod dictum est aquæ ducendæ causa, exempli gratia scriptum est; ceterum ad omnia opera stipulatio accommodabitur.

An Beispielen fehlt es auch in der That nicht: besonders wird die Wiederherstellung eines Weges,[3]) die Reinigung und

[1]) Vgl. Fr. 1. § 18. De op. nov. nunt.

[2]) Fr. 15. § 3. Fr. 24. pr. h. t.

[3]) Fr. 3. § 11. Fr. 5. §§ 4. 14. De itin. actuque priv. (XLIII. 19.)

der Ausbau der Abzugsgräben,[4]) die Herstellung der Wasserleitungen,[5]) der rivi, specus, septa[6]) hervorgehoben. Dasselbe gilt, wenn der Fructuar auf dem Grundstücke oder in dem Hause, dessen Niessbrauch er inne hat, eine Anlage errichtet.[7])

Mit den auf öffentlichem Lande errichteten Werken hatten sich schon die XII Tafeln in einem einzelnen Falle beschäftigt.[8]) Später nahm der prætor über die in öffentlichen Flüssen oder an deren Ufern gemachten Anlagen eine ausdrückliche Bestimmung in sein Edict auf:

Fr. 7. pr. De damno inf.

DE EO OPERE, QUOD IN FLUMINE PUBLICO RIPAVE EIUS FIET, IN ANNOS DECEM SATISDARI IUBEBO.[9])

Diese besondere Hervorhebung der Fluss- und Uferanlagen hat wohl nur in der Auferlegung der Realcaution und in der Anordnung eines für alle Fälle giltigen Zeitraums ihren Grund. Beides verhält sich bei den auf Privatland errichteten Werken anders. Die Caution bestand hier stets in einfacher Repromission, mochte der Eigenthümer oder ein Servitutberechtigter bauen;[10]) die Zeitbestimmung dagegen hing von der jedesmaligen Sachlage ab und wurde nach Bedürfniss erweitert und wiederholt.[11]) — Für die übrigen Bauten auf öffentlichem Land stellt das Edict keine ähnlichen Bestimmungen auf. Nichts desto weniger musste auch bei ihnen Satisdation geleistet werden.[12]) Als Beispiel dieser Art finden wir die verschiedenen an öffentlichen Wegen vorgenommenen Arbeiten hervorgehoben.[13])

87. Die damni infecti cautio wurde zuletzt auch auf solche Handlungen angewendet, welche keine Umgestaltung der

4) Fr. 1. pr. §§ 12. 14. De cloac. (XLIII. 23.)
5) Fr. 1. §. 38. De aqua quot. et æst. (XLIII. 20.)
6) Fr. 3. §§ 9. 10. De riv. (XLIII. 21.)
7) Fr. 20. h. t.
8) Fr. 5. Ne quid in loco publ. (XLIII. 8.) Oben § 84. n. 2.
9) Der Commentar dieser Worte findet sich in Fr. 15. §§ 2—11. und Fr. 24. pr. h. t. Vgl. Fr. 1. pr. §§ 3—5. De rip. mun. (XLIII. 15.)
10) Fr. 30. § 1. h. t. Anders jedoch bei dem usufructus. Fr. 9. § 5. Fr. 10 h. t.
11) Fr. 13. § 15. Fr. 14. Fr. 15. pr. § 1. Fr. 18. § 11. h. t.
12) Fr. 15. § 9. h. t.
13) Fr. 15. §§ 6—8. Fr. 31. pr. h. t.

Bodenverhältnisse bezwecken. In unsern Rechtsquellen finden sich mehrere Beispiele dieser Art. Wer die Früchte seiner Bäume oder andere Gegenstände seines Eigenthums auf des Nachbars Grund einsammeln,[1]) ebenso wer den durch die Gewalt des Wassers weggeführten Kahn bei dem Dritten abholen,[2]) seinen Schatz ausgraben,[3]) zuletzt wer eine in dem gemietheten Hause angebrachte Thüre bei dem Fortziehen mit sich wegnehmen will,[4]) wird den Eigenthümer gegen den aus dieser Handlung entstehenden Schaden durch die cautio damni infecti sicher stellen. Hier ist von keiner baulichen Umgestaltung der Localität die Rede; die Handlung, auf welche sich die Cautionsleistung bezieht, lässt keine bleibende Spuren an dem Grundstück zurück. Träger der Gefahr ist nicht eine Baute, auch keine Anlage irgend einer andern Art, sondern eine völlig selbstständige Handlung. Diese letzte Erweiterung der Caution schliesst sich zunächst denjenigen Fällen an, in welchen kraft einer Servitut auf fremdem Grund und Boden gebaut wird. An die Stelle des Sachenrechts tritt hier eine persönliche Befugniss.

88. Die Ausdehnung der damni infecti cautio auf gefährliche Bauunternehmungen hatte eine Erweiterung der operis novi nuntiatio zur Folge. Dieses Rechtsmittel war ursprünglich nur da anwendbar, wo der Kläger eine Beeinträchtigung seines Eigenthums oder seiner Servitut, oder die Verletzung einer gesetzlich aufgestellten Bauvorschrift nachzuweisen vermochte. Ietzt kam noch ein dritter Fall hinzu. Auch da, wo der Bauende weder dem Eigenthum noch der Servitut des Nachbars zu nahe trat, konnte opus novum nuntiirt werden, sobald die Bedingungen der damni infecti cautio erfüllt waren.

Fr. 1. § 15. De op. nov. nunt. (XXXIX. 1.)

Nuntiatio fit aut iuris nostri conservandi causa, *aut damni depellendi*, aut publici iuris tuendi gratia.

---

[1]) Fr. 9. § 1. Ad exhib. (X. 4.)
[2]) Fr. 9. §§ 1. 3. h. t.
[3]) Fr. 15. Ad exhib. (X. 4.)
[4]) Fr. 19. § 4. Locati. (XIX. 2.)

Der erste Fall (iuris nostri conservandi causa) ist so oft vorhanden, als die Baute des Nachbars in des Nuntianten Eigenthum übergreift, oder eine ihm zustehende Servitut verletzt.[1])

Das öffentliche Baurecht, welches Ulpian zuletzt nennt, besteht in den Bestimmungen der Gesetze und der kaiserlichen Edicte über die Bauart der Häuser. Ihre Aufrechterhaltung begründet die o. n. n.[2])

Den letzten Fall, die o. n. n. damni depellendi gratia, erläutert Ulpian folgendermaassen:

ut damni infecti caveatur nobis ab eo, qui forte in publico vel in privato quid molitur.

Hier wird vorausgesetzt, dass der Bauende die Grenzen seines Eigenthums oder seiner Servitut nicht überschreitet, sondern allein durch die Natur der Anlage das Grundstück des Nachbars gefährdet. Von der actio negatoria kann also hier keine Rede sein; die Intention: ius illi non esse, ita ædificatum habere, lässt sich nicht durchführen; dagegen ist die Forderung der damni infecti cautio begründet, und diese rechtfertigt die o. n. n. so gut als in dem ersten Falle die actio in rem; die prätorische Stipulation vertritt auch hier die Stelle einer Klage. In dieser Verbindung erscheint nun die o. n. n. selbst als ein Zwangsmittel zur Bestellung der Caution,[3]) und zwar in folgender Weise: Nach der Vornahme der Nuntiation treten die streitenden Partheien vor den prætor, welcher über die Rechtsbeständigkeit der Maassregel zu entscheiden hat.[4]) Kann nun die Forderung der damni infecti cautio begründet werden, so erhält der Beklagte nicht eher Remission, als bis die Sicherheit gehörig bestellt ist. Die Fortsetzung des Baues wird hienach durch die Leistung der Caution bedingt.

In Begleit der damni infecti cautio kommt die Nuntiation auch bei Meer- und Uferbauten zur Anwendung. Wir wissen ja, dass auch für solche Anlagen Caution verlangt werden kann.

---

[1]) Fr. 5. §§ 8. 9. 10. De op. nov. nunt.

[2]) Fr. 1. § 17. Fr. 8. § 3. D. eod.

[3]) Vgl. Fr. 3. § 6. Quod vi aut clam. (XLIII. 25.)

[4]) Fr. 1. § 9. De op. nov. nunt.

— Aus einem andern Grunde wird in diesem Falle niemals nuntiirt.[5])

89. Der Kreis derjenigen opera, auf welche die cautio damni infecti Anwendung findet, ist nunmehr erschöpft. Blicken wir jetzt auf die einzelnen Anwendungen derselben zurück, so zeigt sich, dass es dem Missionsverfahren, dessen Anwendbarkeit auf die vitia operis wir oben aus innern Gründen bestritten haben, bei diesen an einem der Eigenthumsübertragung zugänglichen Gegenstande fehlt. Am augenfälligsten ist diess in denjenigen Fällen, in welchen der Verpflichtete gar kein Eigenthum hat, in das eingewiesen werden könnte. Oder wo findet sich ein Gegenstand der Mission, wenn eine selbstständige Handlung oder eine Baute auf öffentlichem Grund und Boden zur Sicherheitsleistung verpflichtet? Dieselbe Bemerkung gilt auch für die auf Privatgrundstücken unternommenen opera. Ein Eigenthum ist hier bei dem Verpflichteten allerdings vorhanden; aber diess Eigenthum ist nicht der Grund der Verpflichtung, mithin auch nicht der Gegenstand der Mission; die Verpflichtung ruht vielmehr in dem Bauunternehmen, dieses aber ist eine blosse Handlung, die weder Mission noch Eigenthumsübertragung zulässt. Selbst nach der Vollendung der Anlage behält dieser Gesichtspunkt seine Bedeutung. Was während des Bauens gilt, das hat auch nachher noch Anspruch auf Durchführung. Das ausgeführte Werk erscheint selbst nur als das Resultat der Arbeit, kann daher nur nach denselben Grundsätzen wie diese behandelt werden.[1]) Von besonderer Bedeutung ist diess bei allen denjenigen Anlagen, deren gefahrdrohender Zustand weder als ein vitium loci noch als ein vitium ædium Anspruch auf die Caution begründet; für diess bietet sich das vitium operis als Aushilfe dar: so wenn der gegrabene Brunnen, der an meiner Wand angelegte Düngerplatz, die eingemauerte Wasserröhre Schaden droht. An eine Mission ist auch hier nicht zu denken. Was wäre ihr Gegenstand? Etwa der Graben,

---

[5]) Fr. 1. § 18. De op. nov. nunt.

[1]) Fr. 24. pr. am Ende h. t.

der Düngerplatz, die Wasserröhre? Unmöglich. Oder das ganze Grundstück, welchem diese einzelne Anlage angehört? Auch diess ist undenkbar; denn nicht der Zustand des Grundstücks, sondern nur jene einzelne Anlage ist der Träger der Gefahr. Auch hier fehlt es daher an einem Gegenstande der Einweisung, nicht anders als vor der Vollendung des Werks.

Was vertritt aber nun bei den opera die Stelle der Mission? Die Antwort auf diese Frage findet sich in unserer früheren Darstellung. Wir haben oben darauf aufmerksam gemacht,[2]) dass die operis novi nuntiatio als Zwangsmittel für die Bestellung der Caution gebraucht werden kann. Man wende nicht ein, diess Rechtsmittel setze ein opus solo coniunctum voraus,[3]) könne also dem Bedürfniss nicht genügen, denn auch bei der damni infecti cautio kommen nur solche opera in Betracht, welche eine bauliche Umgestaltung der Localität bezwecken. Die wenigen Fälle, in welchen auch andere selbstständige Handlungen berücksichtigt werden, bedürfen keines besondern Zwangsmittels; der prætor knüpft den Eintritt in das fremde Eigenthum an die vorhergehende Cautionsleistung.

Ein ähnliches Verhältniss zeigt sich bei den zum Schutze gewisser Bauten aufgestellten Interdicten; auch diese werden so lange verweigert, bis für das damnum operis Sicherheit bestellt ist.[4]) Endlich kann die Fortsetzung des Baues durch die Interdicte quod vi aut clam und uti possidetis gehindert werden.[5])

90. Bevor wir die Mission wegen drohenden Schadens verlassen, muss noch ein Fragment erklärt werden, dessen Zusammenhang mit dem bisher dargestellten Systeme keineswegs ganz klar ist.

Pomponius libro XXI ad Sabinum.

In Fr. 39. § 1. De damno inf.

Si domus in controversia sit, dicendum est, damni infecti

---

2) S. § 88.

3) Fr. 1. § 12. De op. nov. nunt.

4) S. oben § 86. n. 3—6.

5) Fr. 5. § 10. De op. nov. nunt.

onus possessoris esse, quum id, quod præstiterit, imputare domino prædii possit; quodsi non caveat, possessionem ad petitorem, qui caveri damni infecti sibi velit, transferant; nam iniquum est, stipulatorem compelli relicto prædio, ex quo damnum vereatur, dominum quærere.[1])

Wenn das Eigenthum des baufälligen Hauses zweifelhaft ist, so entsteht die Frage, welcher von den mehrern Prätendenten zur Cautionsleistung angehalten werden kann? Pomponius erklärt den Besitzer für verpflichtet;[2]) an ihn soll sich der bedrohte Nachbar, er selbst hinwieder an den Eigenthümer wenden. So weit ist alles klar. Wie aber nun, wenn der Besitzer seiner Pflicht nicht nachkommt? In diesem Fall wird der Besitz auf den Kläger übertragen, possessionem ad petitorem, qui cavere damni infecti sibi velit, transferant.

Diese Entscheidung ist zweideutig. Wen haben wir unter dem petitor zu verstehen? Ist es der bedrohte Nachbar, welcher um die Caution anhält, oder der Eigenthümer, welcher mit der Vindication auftritt? Beide können unter jener Bezeichnung begriffen werden. Noch vermehrt wird der Zweifel durch den erklärenden Zusatz: qui cavere damni infecti sibi velit. Auch der Ausdruck cavere lässt eine doppelte Auslegung zu. Sowohl die Leistung der Sicherheit als die Sorge für eigene Sicherstellung, sowohl das cautionem præstare als das cautione sibi prospicere kann mit jenem Worte bezeichnet werden. So ergeben sich zwei völlig verschiedene Erklärungen. Nach der einen soll der Besitz auf den Vindicanten übertragen werden, sofern dieser seinerseits Caution zu leisten bereit ist; nach der andern dagegen soll der bedrohte Nachbar, der von

[1]) So liest die Florentina. Die vulgata dagegen zeigt folgende Varianten: *Si dominus* statt si domus — *qui caveri* statt qui cavere — *transferat* (Hal. transferendam) statt transferant.

[2]) Hier kommt die Bestimmung des prätorischen Edicts: SI CONTROVERSIA ERIT, DOMINUS SIT NEC NE, QUI CAVEBIT, SUB EXCEPTIONE SATISDARI IUBEBO, zur Anwendung. Fr. 7. pr. Fr. 31. § 1. Fr. 22. § 1. h. t. Dem zu Folge kann der Kläger im Falle des Zweifels über das Eigenthumsrecht des Besitzers, statt der blossen Repromission Satisdation verlangen. Die Bürgen caviren jedoch sub exceptione: si dominus non esset.

dem Besitzer Sicherheit verlangt, aber nicht erhalten kann, seinerseits in den Besitz eingesetzt werden. Dort ist von einem durch die Cautionsleistung bedingten Wechsel der Partheirollen im Eigenthumsprocess, hier von der gewöhnlichen Mission wegen verweigerter Sicherstellung die Rede. Auch für jene erste Erklärung fehlt es nicht an Analogieen. Die einzelnen Fälle der Besitzesübertragung im Eigenthumsprocess sind oben schon zusammengestellt worden; noch ähnlicher ist das System der mutuæ cautiones bei der missio legatorum servandorum in der Appellationsinstanz. Nichts desto weniger scheint die zweite Erklärung durch überwiegende Gründe begünstigt: vor allem durch den Sinn des Wortes controversia, welches durchaus nicht nothwendig einen Process voraussetzt, sondern eben so gut auch auf jeden andern aussergerichtlichen Streit Anwendung findet; — ferner durch die Aufnahme des Wörtchens sibi. Die Verbindung sibi cavere bezeichnet doch wohl eher das prospicere sibi cautione, als das ipse pro se cavere; — zuletzt durch den ganzen Zusammenhang der Stelle, deren Grundgedanke die beiläufige Erwähnung eines solchen Wechsels der Partheirollen nicht zulässt. Dagegen kann auch die Ausdrucksweise possessionem transferant nicht in Betracht kommen. Allerdings ist es richtig, dass die Mission gewöhnlich nicht so bezeichnet wird, da sie auch in der That keine Uebertragung des Besitzes enthält; allein wir brauchen nicht nothwendig an das erste Decret zu denken; dieses ist nur eine Vorbereitung des zweiten, durch welches in der That das Recht des Besitzes auf den Eingewiesenen übertragen wird. Das Resultat geht dahin: Pomponius spricht von der gewöhnlichen Mission wegen verweigerter damni infecti cautio; von einem Wechsel der Partheirollen im Eigenthumsprocess ist keine Rede.

91. II. DIE MISSION WEGEN NICHTVERTHEIDIGUNG DES SCHULDIGEN SKLAVEN.

Wie die Grundstücke durch ihren Zustand, so können Sklaven und Thiere durch ihre Handlungen das Eigenthum Dritter verletzen. Für die Beeinträchtigungen dieser Art be-

durfte man keines besondern prätorischen Rechtsmittels; die Bestimmungen der XII Tafeln genügten vollkommen. Die Beschädigungen der Thiere begründeten die actio de pauperie,[1]) und in einem besondern Falle die actio de pastu;[2]) die Vergehen der Sklaven dagegen diejenige Klage, mit welcher der freie Thäter zur Verantwortung gezogen werden konnte. Hier gab es also eben so viele Rechtsmittel als Delicte.[3]) Diese Vertretung wurde jedoch durch die Anerkennung der noxædatio zu Gunsten des Eigenthümers ermässigt. Der Beklagte konnte sich der Litisästimation durch die Hingabe des schuldigen Sklaven oder Thieres entziehen.[4]) So findet sich hier dieselbe Alternative, welche wir schon bei der damni infecti cautio beobachteten. Die Rechtsidee ist in beiden Fällen dieselbe. Ja es wird ausdrücklich hervorgehoben, dass sich die prätorische Gesetzgebung über das damnum infectum dem Vorbilde der Noxalklagen anschloss.[5]) Daher kann es nicht überraschen, wenn wir auch hier die prätorische Mission und das prätorische Pfandrecht wieder finden.[6]) Die Fälle, in welchen dasselbe eintritt, sollen in dem Folgenden festgestellt werden. Diese Untersuchung verlangt um so grössere Genauigkeit, je weniger Sorgfalt bisher auf sie verwendet worden ist.[7]) Zur Vereinfachung beschränken wir uns jedoch auf die Delicte der Sklaven. Die analogen Verhältnisse der actio de pauperie verlangen keine besondere Darstellung.

[1]) Fr. 1. pr. Si quadr. paup. (IX. 1.)

[2]) Fr. 14. § 3. De præscr. verb. (XIX. 5.)

[3]) Fr. 2. § 1. De nox. act. SI SERVUS FURTUM FAXIT NOXAMVE NOCUIT. Unter noxa wurde jedes Vergehen überhaupt verstanden, wie Festus v. Noxia und Gaius in Fr. 238. § 3. De verb. sign. (L. 17.) hervorheben. Das furtum war bloss seiner Bedeutung wegen besonders hervorgehoben. Späterhin wurden einzelne Delicte durch besondere Gesetze oder durch das prätorische Edict für noxal erklärt, während nicht daran zu zweifeln ist, dass sie es schon nach der generalis clausula der XII Tafeln *noxiamve nocuit* sein würden. Gaius IV. § 76. §. 4. I. de nox. act. (IV. 8.)

[4]) S. die Stellen der drei letzten Noten.

[5]) Fr. 7. § 1. De damno inf. (XXXIX. 2.)

[6]) Man sehe vorläufig Fr. 35. § 3. in fine. Fr. 36. De proc. et defens. (III. 3.) Fr. 23. De pec. (XV. 1.)

[7]) Selbst in Zimmerns System der römischen Noxalklagen findet man über die in dem Folgenden behandelten Fragen nur wenig Aufschluss.

92. Nach der Anordnung der XII Tafeln konnte der verurtheilte Eigenthümer durch die Hingabe des schuldigen Sklaven der Litisästimation entgehen. Die noxædatio war demnach ein Recht des Beklagten, nicht des Klägers; sie konnte nur von jenem, niemals von diesem in Anspruch genommen werden; sie war pro reo, nicht pro actore. Daher konnte weder mit der Delictsklage, noch mit der actio iudicati auf Dedition des schuldigen Sklaven geklagt werden. Dieser wichtige Satz wird durch folgendes Fragment über allen Zweifel erhoben:

Fr. 6 § 1. De re iudic. (XLII. 1.)

Ulpianus libro LXVI ad edictum.

Decem aut noxæ dedere condemnatus, iudicati in decem tenetur: facultatem enim noxæ dedendæ ex lege accipit. At is, qui stipulatus est decem aut noxæ dedere, non potest decem petere, quia in stipulatione singula per se veniunt, eaque singula separatim stipulari possumus; at iudicium solius noxæ deditionis nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur, et ideo iudicati decem agitur: his enim solis condemnatur: noxæ deditio in solutione est, quæ e lege tribuitur.

Ulpian beruft sich hier zu wiederholten Malen auf die Bedeutung, welche das XII Tafelgesetz der Noxädation einräumte. Sie stimmt mit der von uns angegebenen völlig überein; der Verurtheilte kann der im Richterspruche festgesetzten Litisästimation durch Hingabe des Sklaven entgehen; er wird ipso iure von seiner Verpflichtung auf zehn durch die noxædatio befreit. Was sonst dem Schuldner niemals erlaubt ist, nämlich sich durch die Leistung einer bestimmten species von der Verpflichtung auf eine Geldsumme zu liberiren, das wird ihm hier gestattet: aliud pro alio solvens liberatur. Diese Begünstigung wird nun im Urtheile selbst ausgesprochen, es lautet: decem aut noxæ dedere.[1]) Die beiden Theile dieser Alterna-

[1]) Diese Fassung wird noch durch folgende Zeugnisse bekräftigt: Fr. 4. § 3. Fr. 19. §§ 1. 2. Fr. 21. § 2. h. t. Fr. 1. pr. Fr. 5. § 6. De his qui effud. (IX. 3.) Fr. 1. pr. De public. (XXXIX. 4.) § 1. I. de off. iud. (IV. 17.) Fr. 43. pr. De furt. (XLVII. 2.)

tive haben eine völlig verschiedene rechtliche Bedeutung: die Litisästimation allein enthält die Verpflichtung des Verurtheilten; sie kann daher allein zum Gegenstand der actio iudicati gemacht werden; die Noxädedition ist eine von den XII Tafeln zu Gunsten des Beklagten aufgestellte Solutionsweise, ein besonderes Recht desselben; sie findet daher keine Aufnahme in die Intention der actio iudicati. Diese lautet ausschliesslich auf die Litisästimation, in vorliegendem Falle auf zehn.

Was für das condemnatorische Urtheil, das gilt auch für die condemnatio als pars formulæ. Auch diese zeigt dieselbe Alternative. Der prætor weist den Richter an, in die Litisästimation verbunden mit dem Zusatz aut noxæ dedere zu verurtheilen. Die Intention dagegen ist dieselbe, wie bei den actiones ex delictis liberorum hominum; auf Noxädedition wird niemals geklagt; denn diese ist keine Verpflichtung, sondern ein Recht; pro reo, nicht pro actore; in solutione, nicht in obligatione.

Diess Verhältniss der noxædatio zur Litisästimation wird durch den Gegensatz des alternativen Versprechens noch deutlicher hervorgehoben. Hier steht alles anders. Die Obligation geht nicht ausschliesslich auf die Leistung von zehn, sondern auf zehn oder Noxädation. Die beiden Theile dieser Alternative könnten jeder für sich zum Inhalt einer besondern Stipulation gemacht werden; verbunden zu *einem* Versprechen sind sie einander völlig gleichgeordnet. Dagegen giebt es keine Klage, folglich auch kein Urtheil auf Noxädation allein; diese setzt stets eine condemnatio pecuniaria voraus, kann daher auch niemals zum Gegenstand der actio iudicati gemacht werden.[2])

Mit dem Ergebniss dieser Interpretation stimmen die übrigen Zeugnisse unserer Quellen überein. Durch Noxädedition kann sich der Verurtheilte der Litisästimation entziehen. Diess

---

[2]) Zimmern a. a. O. S. 159—163. versteht die Stelle nicht richtig, wenn er von einer actio iudicati auf decem aut noxæ dare spricht, und den Duaren, der diess läugnet, zurechtweist.

wird wiederholt als die auszeichnende Eigenschaft der Noxalklagen hervorgehoben.

Gaius libro II. ad edictum provinciale.

In Fr. 1 De nox. act. (IX. 4.)

Quarum actionum vis atque potestas hæc est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis, quod deliquit, evitare litis æstimationem.[3])

Durch die Hingabe des schuldigen Sklaven wird die Judicatsschuld ipso iure getilgt:

Gaius libro VI ad edictum provinciale.

In Fr. 27 § 1. De nox. act.

— Apparet, eum, qui alienum servum in iure suum esse responderit, *quamvis noxali iudicio teneatur*, *non tamen posse noxæ deditione ipso iure liberari*, quia nullum ad actorem dominium transferre possunt, qui ipsi domini non sunt.[4])

Hat der Verurtheilte von dem Rechte der Noxädedition keinen Gebrauch gemacht, so kann er durch die actio iudicati zur Leistung der Litisästimation angehalten werden. Dasselbe gilt, wenn die Dedition an dem Widerstand des Miteigenthümers[5]) oder des Pfandgläubigers und Fructuars[6]) scheitert; denn das Eigenthum muss völlig ungeschmälert übertragen werden.[7])

Celsus libro XXIV digestorum.

In Fr. 69 De solutionibus. (XLVI. 3.)

Si hominem, in quo ususfructus alienus est, vel qui erat pignori Titio obligatus, noxæ dedisti, poterit is, cui condemnatus es, tecum agere iudicati: nec exspectabimus, ut creditor

[3]) Vgl. Fr. 8. h. t. non alias poterit is, qui conventus est, evadere litisæstimationem, nisi in solidum noxæ dederit servum. Fr. 14. h. t. non necesse habet, quia omnibus dedere non potest, litisæstimationem offerre his, quibus dedere non potest. Fr. 20. h. t. si maluit dominus litis æstimationem sufferre. pr. I. de nox. act. (IV. 8.)

[4]) Fr. 18. Fr. 17. pr. h. t. Fr. 69. De sol. et lib. (XLVI. 3.) Fr. 4. §§ 7. 8. De re iudic. (XLII. 1.)

[5]) Fr. 8. Vgl. Fr. 17. pr. h. t.

[6]) Fr. 17. § 1. h. t. Diese Stelle zeigt, dass der Eigenthümer die Hilfe des Prätors anrufen kann.

[7]) Diesem Erforderniss ist auch dann genügt, wenn der statuliber noxæ dedirt ist. Fr. 15. h. t.: quia toto suo iure cederet. Vgl. Fr. 27. § 1. h. t.

evincat: sed si ususfructus interierit, vel dissoluta fuerit pignoris obligatio, existimo processuram liberationem.

Zwei Punkte verdienen hier besondere Hervorhebung: die actio iudicati auf Leistung der Litisästimation wird durch die blosse Existenz des Pfandrechts oder des ususfructus begründet, die Eviction ist nicht erforderlich; natürlich: denn die Unvollständigkeit des Eigenthums ist nur von dem Dasein, nicht von der Geltendmachung des Sachenrechts abhängig.

Jeder Untergang des ususfructus, und jede Tilgung des Pfandanspruchs kommt dem Beklagten zu Statten; dass das dingliche Recht zur Zeit der Dedition schon erloschen sei, wird nicht erfordert.

Ulpianus libro LVIII ad edictum.

In Fr. 4 § 8. De re iudicata (XLII. 1.)

Celsus scribit: si noxali condemnatus eum servum, in quo ususfructus alienus est, noxæ dedisti, posse tecum adhuc agi iudicati; sed si ususfructus interierit, liberari ait.

Natürlich ist hier die Klage nicht auf Uebertragung des Niessbrauchs, sondern wie immer auf Leistung der Litisästimation gerichtet.

93. In dem Bisherigen haben wir die Noxädedition als eine Tilgungsart der Judicatsschuld kennen gelernt. Durch die Hingabe des schuldigen Sklaven kann sich der Verurtheilte von der ihm auferlegten Litisästimation liberiren. Nun aber sind noch andere Anwendungen derselben hervorzuheben. Die Dedition erscheint nämlich nicht nur als ein Mittel der Liberation nach erfolgter Verurtheilung; sie kann auch vor der Sentenz eintreten und wird alsdann den Richter zur Absolution des Eigenthümers nöthigen; noch mehr, selbst die Klage wird durch sie abgewendet. Also nicht nur ad evitandam litis æstimationem wird dedirt, sondern überdiess auch ad evitandam condemnationem, endlich sogar ad evitandum iudicium. Die beiden letztern Anwendungen sind praktisch eben so wichtig als die erste; rechtlich aber werden sie derselben untergeordnet, und aus ihr als ihrem Ursprunge abgeleitet.

Diess Verhältniss tritt uns namentlich in folgendem Fragment entgegen:

Gaius libro VI ad edictum provinciale.

In Fr. 29. De nox. act.

Non solum autem qui in potestate non habet, recusare potest noxale iudicium, verum etiam habenti in potestate liberum est, evitare iudicium, si indefensam eam personam relinquat; *sed huic necesse est, ius suum ad actorem transferre, perinde ac si damnatus esset.*

Der Eigenthümer kann durch die Noxädedition der Klage entgehen. Er begiebt sich dadurch aus freien Stücken in dieselbe Lage, in welche er in Folge eines condemnatorischen Urtheils eintreten würde; er erklärt sich zum voraus als überwunden und macht so die Durchführung der Klage überflüssig. Von ihm wird daher alles dasjenige gefordert, durch dessen Leistung der Verurtheilte die Befreiung von der Litisästimation herbeiführt. Der Sklave muss dem Beschädigten zum Eigenthum tradirt, und überdiess für Gefährde Caution bestellt werden.[1]) Natürlich ist auch hier nur von bonitarischem Eigenthum die Rede; der Kläger kann nur allein auf Tradition Anspruch machen.[2])

Was von der Dedition vor übernommenem iudicium gilt, das muss auch nach schon constituirtem Prozess vor Ausfällung des Urtheils Anwendung finden. Auch in diesem Stadium des Verfahrens kann sich der beklagte Eigenthümer zur Auslieferung des schuldigen Sklaven erbieten, sich ohne Urtheil als besiegt erklären und dadurch den Richter zur sofortigen Absolution nöthigen. Die Leistungen sind dieselben.

Diese noxædeditio ad evitandam condemnationem wird in mehrern Fragmenten als allgemein anerkannt vorausgesetzt; so

---

[1]) Fr. 32. h. t. si præsens est dominus, tradere eum et de dolo malo promittere debet.

[2]) Fr. 15. Fr. 32. h. t. Fr. 1. § 14. Si quadr. (IX. 1.) Noxæ autem dedere est animal *tradere* vivum. Unter animal wird gerade in dieser Lehre nicht nur das Thier, sondern auch der Sklave begriffen. Fr. 7. § 1. De damno inf. — Zimmern, System der römischen Noxalklagen, S. 218. ff. spricht von quiritarischem dominium.

von Paulus in Fr. 19. pr. De nox. act., von Ulpian in Fr. 9. § 4. De dolo.[3])

94. Von den drei bisher dargestellten Anwendungen der Noxädedition ist die zur Vermeidung der Klage bestimmte für unsere folgende Ausführung allein von Bedeutung. Zu ihr kehren wir daher nunmehr zurück. Der Eigenthümer kann der Klage des Verletzten dadurch entgehen, dass er sich von vorn herein als besiegt anerkennt und den Gegner durch Auslieferung des schuldigen Sklaven befriedigt. Unsere Quellen bezeichnen diese Alternative als Defension oder Noxädedition.[1]) Jene besteht in der Uebernahme des iudicium, oder bei der Abwesenheit des Sklaven in der cautio iudicio sisti;[2]) diese dagegen in der Tradition,[3]) beziehungsweise in der cautio de exhibendo.[4]) Für die eine oder die andere Art der Vertretung muss sich der Eigenthümer entscheiden. Entzieht er sich beiden zugleich, so tritt die Strafe der contumacia ein. Der prætor ertheilt nämlich in einem solchen Falle die Delictsklage mit einfacher Condemnation, ohne den Zusatz: noxæ dedere.[5]) Der Eigenthümer haftet nunmehr in eigenem Namen, und sieht sich im Falle verweigerter Einlassung der prätorischen Execution in ihrer ganzen Strenge, d. h. der missio rei servandæ causa, ausgesetzt. Ein Punkt verdient hiebei noch besondere Hervorhebung. Es kann nämlich keinem Zweifel unterliegen, dass selbst dieses iudicium sine noxæ deditione die Auslieferung des schuldigen Sklaven nicht ausschliesst, und dass auch hier ein absolutorisches Urtheil erfolgen muss, wenn gleich nicht officio iudicis, doch durch die Vermittlung einer exceptio doli.[6])

---

3) Ueber Fr. 21. pr. h. t. vgl. unten § 97. n. 34.

1) Fr. 21. pr. Fr. 29. Fr. 32. Fr. 33. h. t.

2) Fr. 2. § 1. Si ex nox. causa. Es können jedoch nur die proprii und die bona fide possessi servi in der Abwesenheit vertheidigt werden. Fr. 21. § 1. h. t.

3) Fr. 32. h. t. Vgl. Fr. 27. § 1. h. t.

4) Fr. 2. § 1. c.

5) Fr. 21. pr. h. t. iudicium suscipiet *omnimodo*, d. h. sine noxæ deditione.

6) Fr. 39. § 3. h. t. Hier ist freilich nur von Duction die Rede, aber wir werden später sehen, dass diese gerade die Stelle der freiwilligen Tra-

Erst durch die Ausfällung der Sentenz wird dem Rechte der Noxädation ein Ende gemacht; das Urtheil lautet ja einfach auf die Litisästimation.

Das hier beschriebene Contumacialverfahren tritt jedoch nicht in allen Fällen ein, in welchen weder die Defension übernommen noch Noxädedition angeboten wird. Es setzt überdiess Gegenwart des Beklagten voraus.[7]) Die Abwesenheit des Eigenthümers hat ganz andere Folgen. Sie wird bei dem schuldigen Sklaven wie bei einem schadendrohenden Grundstücke als Dereliction aufgefasst.[8])

Der prætor sieht sich daher hier wie dort zur Uebertragung des Eigenthums veranlasst; ja er geht hier sogar mit grösserer Schnelligkeit zu Werke: *Ein* Decret genügt ihm;[9]) er überträgt ohne alle Zögerung das bonitarische Eigenthum.[10]) Diese Besitzesübertragung ist es nun, was wir als Mission wegen unterlassener Vertheidigung des schuldigen Sklaven bezeichnen. Der Ausdruck Mission ist allerdings nicht quellenmässig; er wird nur bei leblosen Gegenständen angewendet; bei Sklaven tritt das duci iubere an seine Stelle. Allein die Sache ist völlig dieselbe; mag das prätorische Decret auf Mission, mag es auf Duction lauten, immer wird die Uebertragung des Eigenthums, wenn auch nicht gleich vollendet, doch vorbereitet. Und diese Uebereinstimmung gerade sollte durch

---

dition vertritt. — Dasselbe ergibt sich aus den Schlussworten des Fr. 21. pr. h. t. S. unten § 97. n. 34.

7) Fr. 32. h. t. et si præsens est dominus. Fr. 2. § 1., erste Hälfte. Si ex nox. causa.

8) Dieser Gesichtspunkt wird nirgends ausdrücklich ausgesprochen; er ergibt sich aber aus den Folgen und aus der Analogie der damni infecti cautio. Fr. 15. § 21. De damno inf.

9) In einem Falle wird auch bei der damni infecti cautio ein schnelleres Verfahren eingeschlagen. Wenn nämlich der Eigenthümer auf die an ihn gestellte interrogatio in iure sein dominium in Abrede stellt und nun doch desselben überführt wird, so muss der Besitz alsobald verlassen, und im Weigerungsfall selbst übertragen werden. Fr. 10. De interr. in iure. (XI. 1.) und dazu Cuiacius (opp. t. V. p. 639.)

10) Fr. 2. § 1 am Ende. Si ex nox. causa: ductus servus *in bonis* eius esse cœpit. Fr. 26. §. 6. h. t. Fr. 20. h. t.: ex una noxia servi *dominium* nactus.

die Zusammenfassung beider Fälle unter einer gemeinsamen Bezeichnung auch äusserlich hervorgehoben und um so augenfälliger gemacht werden. Einen andern Werth hat uns jene Bezeichnung nicht; wir ersetzen sie daher in dem Folgenden durch den römischen Ausdruck duci.

95. Die prätorische Besitzesübertragung kommt also ursprünglich in einem ganz vereinzelten Falle zur Anwendung. Sie setzt Nichtvertheidigung, Abwesenheit des Eigenthümers [1]) und Gegenwart des Sklaven voraus.

Paulus libro VI ad edictum.

In Fr. 2 § 1. Si ex noxali causa agatur (II. 9.)

Sed si servus præsens est, dominus abest, nec quisquam servum defendit, ducendus erit iussu prætoris.

Späterhin gieng man weiter. Die Duction wurde auch in Gegenwart des Beklagten eingeräumt.

Paulus libro XVIII ad edictum.

In Fr. 26. § 6. De nox. act.

Si absente domino ductus sit servus, *vel etiam præsente,* et in ea causa sit, ut in integrum restitui possit, defensio permittitur eius nomine, qui ductus est. — — Idem concedendum est fructuario, vel cui pignoris nomine obligatus est, si *præsens dominus defendere noluerit.* — — Idem præstandum est in servo communi, *quem alter ex dominis præsens noluit defendere.*

Hier genügt also die blosse Weigerung der Defension. Dereliction wird in diesem Falle nicht angenommen.

So kehren bei den Noxalklagen dieselben Fälle der Duction wieder, welche wir oben bei der missio damni infecti gefunden haben: nämlich Dereliction und beharrliche Weigerung der Cautionsbestellung.[2])

---

[1]) Möglicherweise auch mehrere Eigenthümer; dagegen ist die Gegenwart des Fructuars oder Pfandgläubigers kein Hinderniss der Duction, wiewohl auch diese zur Vertheidigung zugelassen werden; sie werden von dem prætor nur an der fernern Ausübung ihrer Rechte gehindert. Fr. 27. pr. h. t.

[2]) Fr. 15. § 21. De damno infecto. — Ergo intervallum aliquod debebit intercedere, quo aut pro derelicto ædes longo silentio dominus videatur habuisse, aut misso in possessionem et aliquamdiu immorato nemo caveat.

Nach dieser Ausdehnung konnte man nun ganz allgemein sagen: *indefensus ducitur*, ohne zwischen den Fällen der Gegenwart oder Abwesenheit des Beklagten zu unterscheiden.[3]) Für die Gegenwart des Beklagten haben wir also zwei Rechtsmittel gefunden: Duction kraft prätorischen Befehls, und iudicium sine noxæ deditione. Wie verhalten sich nun diese gegen einander? Man könnte denken, es sei der freien Wahl des Beschädigten anheimgefallen, welchen der beiden Wege er einzuschlagen gedenke, ob er den prætor um Duction oder um Ertheilung der Klage ohne den Beisatz: aut noxæ dedere angehen wolle. Diess war jedoch entschieden nicht der Fall. Das Verhältniss der beiden Rechtsmittel gestaltete sich vielmehr folgendermassen: Ueberall wo Duction möglich war, kam das Contumacial-Verfahren ausser Gebrauch. Wurde also der Sklave exhibirt und dadurch dem prätorischen Decrete Wirksamkeit zugesichert, so hatte der Eigenthümer das iudicium sine noxæ deditione nicht weiter zu fürchten. Dieses blieb jetzt auf die Fälle beschränkt, in welchen weder defendirt noch exhibirt worden war.

Paulus libro XVIII ad edictum.

In Fr. 22. § 3. De nox act.

Dominus, qui servum in sua potestate esse confitetur, aut exhibere eum debet aut absentem defendere; quod nisi faciat, punitur, atque si præsentem non noxæ dederit.

Ulpianus libro XXIII ad edictum.

In Fr. 21. § 4. De nox. act.

Quod si reus iurare nolit, similis est ei, qui neque defendit absentem, neque exhibet; qui condemnantur quasi contumaces.

Diese beiden Stellen setzen die Gegenwart des Beklagten voraus, behandeln also denselben Fall, mit welchem wir eben beschäftigt sind. Sie gestatten dem Eigenthümer die Wahl der Defension oder Exhibition, also dieselbe Alternative, welche

[3]) Fr. 28. am Ende. Fr. 31. Fr. 32. Fr. 39. § 3. h. t. In Verbindung damit wird jetzt ganz allgemein von einem *carere* servo gesprochen. Fr. 33. Fr. 43. h. t.

wir für ihn in Anspruch nehmen. Sie bestimmen endlich dieselbe Strafe, welche wir angedeutet haben, nämlich das iudicium sine noxæ deditione. Ulpian bezeichnet diess durch die Umschreibung: qui condemnantur quasi contumaces, und erklärt diesen Ausdruck in Fr. 11. § 4. De interrog. in iure (XI. 1.) folgendermassen:

Contumaciæ autem pœnam hanc ferre debet, ut in solidum conveniatur.

Die conventio in solidum bezeichnet völlig technisch den Gegensatz der conventio cum noxæ deditione.[4]) Dazu kommt, dass die Verweigerung der Defension und Exhibition mit der des Eides auf eine Linie gestellt und der gleichen Strafe unterworfen wird. Diese ist aber eben das iudicium sine noxæ deditione.[5])

Paulus bedient sich zur Bezeichnung derselben Folge eines andern Ausdrucks: punitur, atque si præsentem non noxæ dederit. Diese Worte weisen auf den ursprünglichen Anwendungsfall der Noxädation als Befreiung von der Litisästimation zurück. Wer von dieser Liberationsweise keinen Gebrauch macht, haftet für die ganze Judicatsschuld, gerade als hätte der Klage von Hause aus jener Zusatz: aut noxæ dedere gefehlt.

In Uebereinstimmung mit den eben erklärten Zeugnissen wird die Exhibition nun selbst als eine Defensionsart dargestellt:

Fr. 35 § 3. Fr. 36. De procurator. et defensor. (III. 3.)

(Ulpianus) Defendere videtur procurator et si in possessionem venire patiatur, quum quis damni infecti satis vel legatorum desideret. — —

(Paulus) vel in operis novi nuntiatione. *Sed et si servum ex causa noxali patiatur duci, defendere videtur.*

Diese Erscheinung ist aller Aufmerksamkeit werth. Wir fanden die Defension ursprünglich als Gegensatz der Noxätradition; sie bestand damals in der Uebernahme des iudicium, beziehungsweise in der cautio iudicio sisti. Späterhin trat an

---

[4]) Fr. 2. pr. verglichen mit Fr. 4. § 3. h. t.

[5]) Fr. 21. § 2. h. t.

die Stelle der Noxätradition die einfache Exhibition, und diese wird nun zuletzt selbst als Defension aufgefasst, zu welcher doch die Tradition ursprünglich einen direkten Gegensatz gebildet hatte.

Nach dem neuesten Zustand tritt also die Duction in folgenden Fällen ein: ohne Ausnahme, sobald der Beklagte abwesend, der Sklave aber gegenwärtig und unvertheidigt ist; nur zuweilen, wenn der Beklagte selbst anwesend ist, hier nämlich so oft als der schuldige unvertheidigte Sklave exhibirt wird. In allen diesen Fällen übernimmt der prætor die Stelle des Beklagten. Er überträgt das Eigenthum des schuldigen unvertheidigten Sklaven gerade so wie es der Beklagte, um der Defensionspflicht zu entgehen, selbst hätte übertragen sollen. Der Erfolg ist daher in beiden Fällen derselbe. Der Verletzte erhält das in bonis;[6]) er hat Anspruch auf das volle, durch keine Sachenrechte geschmälerte Eigenthum, welches ihm der prætor auch in der That durch alle ihm zu Gebot stehende Mittel zu sichern sucht.[7]) Der Beklagte dagegen wird von jeder Klage frei, oder, wenn die Duction nach schon übernommenem iudicium erfolgte, absolvirt.[8])

In einem Punkte unterscheidet sich die prätorische Besitzesübertragung von der Noxädedition des Eigenthümers. So oft nämlich der Sklave eines Abwesenden Gegenstand der Duction ist, so oft erklärt sich der prætor zur in integrum restitutio des Benachtheiligten bereit.[9]) Auch hier stimmt das Recht der Duction mit der missio wegen verweigerter damni infecti cautio überein. Ja Gaius bedient sich bei der Schilderung beider Fälle völlig derselben Worte.[10]) Die Restitution wird auch dem Fructuar und Pfandgläubiger eingeräumt, wenn diese ihrerseits durch entschuldbare Abwesenheit an der Uebernahme der Vertheidigung gehindert worden sind.[11])

6) Oben § 94. n. 10.
7) Fr. 27. pr. h. t.
8) Fr. 39. § 3. h. t.
9) Fr. 2. § 1. am Ende. Si ex nox. causa. (II. 9.) Fr. 26. § 6. Fr. 30. h. t.
10) Fr. 30. h. t. verglichen mit Fr. 19. pr. De damno inf. (Gaius ad edictum prætoris urbani. titulo de damno infecto.)
11) Fr. 26. § 6. Fr. 30. h. t.

96. Wir haben in der bisherigen Darstellung stets den *Eigenthümer* als Beklagten vorausgesetzt. Diess Verfahren bedarf keiner weitern Rechtfertigung. Das Eigenthum ist der regelmässige, früherhin sogar der einzige Verpflichtungsgrund zur Uebernahme der Noxalklagen.[1]) Späterhin trat auch nach dieser Seite eine Erweiterung ein. Zuerst wurde der bonæ fidei possessor,[2]) dann sogar der prædo,[3]) also überhaupt Jeder, der animo domini besitzt,[4]) zur Vertretung des schuldigen Sklaven angehalten. Diese Ausdehnung der Defensionspflicht hatte eine entsprechende Erweiterung der Noxädation zur Folge. Die Befugniss, sich durch Auslieferung des Sklaven von der Litisästimation zu befreien, musste jetzt auch dem bonæ fidei possessor, ja selbst dem prædo eingeräumt werden. Es wäre unbillig gewesen, die, welche animo domini besitzen, schwerer zu belasten, als den Eigenthümer selbst. Dasselbe gilt von der Duction. Jeder Erweiterung der Noxädation entspricht eine ähnliche auf Seite der prätorischen Besitzübertragung. Was früher nur gegen den Eigenthümer, das kommt jetzt auch gegen den bonæ fidei possessor, ja selbst gegen den prædo zur Anwendung. Ueber den ersten dieser Fälle finden wir in unsern Quellen folgende Bestimmung:

Die Noxädedition besteht ursprünglich in der Uebertragung des Eigenthums. Hätte man aber unter allen Umständen an diesem Erforderniss festhalten wollen, so wäre jeder Nichteigenthümer, namentlich also der bonæ fidei possessor, von der Wohlthat der XII Tafeln ausgeschlossen und zur Leistung der vollen Litisästimation genöthigt gewesen. Diese Härte liess sich nicht rechtfertigen. Hatte man sich einmal für die Haftbarkeit des bonæ fidei possessor entschieden, so musste man auch mit dem Uebergang des Usucapionsbesitzes auf den Kläger zufrieden sein. Ein Mehreres war nicht zu leisten.

---

[1]) Fr. 42. § 2. h. t. Vgl. Fr. 36. h. t. — Fr. 1. § 17. Si quadr. Fr. 7. Fr. 8. Fr. 16. § 1. De interr. in iure.

[2]) Fr. 12. Fr. 28. h. t. Eine Ausnahme tritt ein bei der legis aquiliæ actio noxalis. Fr. 27. § 3. Ad leg. aquil. (IX. 2.)

[3]) Fr. 13. h. t.

[4]) Daher nicht der Pfandbesitzer Fr. 22. § 1. h. t.

Aber selbst diese Uebertragung lag nicht in der Gewalt des bonæ fidei possessor; der Beklagte konnte nichts weiter als tradiren; die bona fides war ein Erforderniss, dem nur der Empfänger zu genügen vermochte, und das gerade in dem vorliegenden Falle niemals erfüllt wurde.[5]) Bei dieser Lage der Dinge bot sich keine andere Aushilfe als die Zulassung der Ersitzung trotz der mala fides des Beklagten, eine Abweichung, welche auch in der That von African gutgeheissen wird.[6]) Der Kläger soll auch hier zur Usucapion berechtigt sein.

Mit diesem Zugeständniss waren aber noch nicht alle Schwierigkeiten gehoben. Die Ersitzung konnte ja durch die Vindication des wahren Eigenthümers unterbrochen und der Noxalsklave auf solche Weise dem Verletzten entrissen werden. Gegen diese Gefahr gab es aber ein sehr einfaches Mittel. Die Durchführung der Vindication wurde von der Leistung der Litisästimation abhängig gemacht. Dem Eigenthümer sollte sein Sklave nur gegen Entrichtung der durch die Noxädedition getilgten Schuld zugesprochen werden, und diess nicht erst auf den Antrag des Beklagten mit Hilfe einer exceptio doli, sondern schon durch die richterliche Bemühung, officio iudicis.[7]) In ähnlicher Weise wurde es auch dann gehalten, wenn die Partheirollen vertauscht, der Eigenthümer Beklagter, der Usucapionsbesitzer Kläger war. Die exceptio doli gestaltete sich hier zu einer replicatio desselben Inhalts.[8])

So war allen Ansprüchen Rechnung getragen und die Noxädedition auch zu Gunsten des bonæ fidei possessor durchgeführt.[9]) Es bedarf kaum der Erwähnung, dass die prätorische Duction völlig in die Fussstapfen der freiwilligen Tra-

[5]) Denn der Empfänger konnte nur dann in bona fide sein, wenn der Beklagte sich selbst als Eigenthümer ausgab; dann aber haftete er unter allen Umständen quasi dominus, wenn er auch in der That nicht Eigenthümer war. Vgl. Fr. 8. De interr. in iure. Fr. 39. § 1. h. t.

[6]) Fr. 28. h. t.

[7]) Fr. 11. h. t.

[8]) Fr. 28. h. t.

[9]) Ueber das gegenseitige Verhältniss des Eigenthümers und bonæ fidei possessor sehe man L. 21. C. de furtis. (VI. 2.)

dition eintrat. Auch sie gab unter allen Umständen Usucapionsbesitz und vor vollendeter Ersitzung Anspruch auf die Leistung der Litisästimation. Später war der Empfänger völlig sicher; der Eigenthümer konnte selbst gegen das Angebot des vollsten Ersatzes mit seiner Vindication nicht weiter durchdringen.[10])

Ueber die Noxädation des prædo enthalten die Quellen keine genauern Bestimmungen. Wir sind daher auf Schlussfolgerungen aus dem Prinzip der Lehre beschränkt. Eigenthums-Uebertragung wird auch hier nicht erfordert. Ob aber der Empfänger usucapiren kann? Auch diess muss in Abrede gestellt werden. African spricht ausschliesslich von dem bonæ fidei possessor. Um so unzweifelhafter ist die exceptio doli. Mit dieser wird sich der Besitzer gegen die Vindication des Eigenthümers vertheidigen und ihn zur Leistung der Litisästimation nöthigen.

Eine ähnliche Gestalt hat die Noxädation von Seite dessen, der sich vor dem prætor zu dem Eigenthum eines fremden Sklaven bekennt.[11]) Auch hier erhält der Empfänger weder dominium noch Usucapionsbesitz, sondern nur allein die doli exceptio. Aber die Judicatsschuld wird dadurch nicht ipso iure, sondern selbst nur per exceptionem getilgt, da der Beklagte nicht als blosser Besitzer, sondern kraft seiner eigenen Erklärung als dominus haftet.[12])

Die Noxädedition ist also ein Gemeingut aller derer, welche zur Vertretung des schuldigen Sklaven verpflichtet sind.

97. In dem Bisherigen wurde die Entwicklung des von den XII Tafeln aufgestellten Noxalprinzips nach zwei Seiten hin dargestellt: Wir sahen wie die Dedition, ursprünglich ein Mittel sich von der Litisästimation zu befreien, auch zur Vermeidung des Gerichts oder der Verurtheilung gebraucht wurde;

---

10) Bei der damni infecti cautio vertheidigt African eine andere Meinung. Fr. 44. § 1. De damno inf.

11) Qui alienum servum in iure suum esse respondit. Fr. 27. § 1. h. t.

12) Fr. 27. § 1. h. t. Wer als bonæ oder malæ fidei possessor den Sklaven ausliefert, tilgt seine Verpflichtung ipso iure.

wir sahen ferner, wie sie sich in ihrer Anwendung auf blosse Besitzer, bonæ fidei possessores und prædones, gestaltete. Zur Vollendung des Bildes soll jetzt noch eine dritte Richtung der Entwicklung angedeutet werden.

Die Noxädedition bestand nach dem Sinne der XII Tafeln in der Uebertragung des vollen quiritarischen Eigenthums. Seit der Anerkennung des in bonis genügte die blosse Tradition. In der Regel mochte nun dieser kein weiteres Hinderniss entgegen stehen. Wie aber wenn sich der Sklave etwa durch die Flucht seinem Herrn entzogen hatte? Sollte hier dem Eigenthümer die Wohlthat der XII Tafeln unbedingt verloren sein? Die römischen Juristen verneinten diese Frage. Sie folgten einem andern, viel billigern Gesetz. Ueberall wo die Tradition unmöglich war, sollte es so angesehen werden, als wäre sie wirklich erfolgt. Aus der Anwendung dieses Prinzips auf die drei verschiedenen Funktionen der Noxädation: zur Vermeidung der Klage, der Verurtheilung, der Litisästimation, ergeben sich folgende einzelne Sätze: hat der Eigenthümer den schuldigen Sklaven nicht unter seiner Verfügung, so kann er weder belangt, noch verurtheilt, noch zur Litisästimation angehalten werden. Ueber das Einzelne geben unsere Quellen folgende Bestimmungen:

a) Nicht jeder Eigenthümer, sondern nur derjenige, welcher den Sklaven unter seiner Verfügung hat, unterliegt der Noxalklage. Dieser Satz hatte selbst in das prätorische Edict Aufnahme gefunden. Der prætor scheint sich in dem betreffenden Abschnitt folgender Ausdrücke bedient zu haben:

IN POTESTATE EIUS CUI IUSTA SERVITUTE[1]) SERVIT.

Die Interpretation der Juristen hatte es also hauptsächlich mit den Worten: in potestate und servit zu thun. Und in der That finden wir eine grössere Anzahl von Fragmenten, welche gerade jene Ausdrücke zum Gegenstand ihrer Erörterung machen. Besonders auszuzeichnen sind folgende:

Pomponius libro XVIII. ad Sabinum.

---

[1]) Ueber die Worte: iusta servitute Fr. 28. h. t. Folge davon in Fr. 13. § 1. De interr. in iure (XI. 1.) Dazu Fr. 14. Fr. 16. § 1. D. eod.

In Fr. 18. De nox act.

Is, qui usumfructum in servo habet, perinde cum domino habet actionem furti, atque si quilibet alius esset; sed cum eo non est, *quamvis serviat ei*, et ideo dominus damnatus fructuario noxæ dedens liberabitur.[2])

Pomponius spricht den Nutzniesser von jeder Klage frei. Der Grund liegt in dem allgemeinen Rechtssatz, dass Niemand gegenüber derselben Noxalklage zugleich berechtigt und verpflichtet, Niemand zum Angriff befugt und dann wieder zur Vertheidigung genöthigt sein kann.[3]) Diesem Prinzip müssen sogar die Worte des Edicts weichen. Nur der Eigenthümer ist der Klage unterworfen, nicht der Fructuar, obwohl der Sklave diesem, nicht jenem dient. Es ist nicht zu läugnen, dass die Worte «quamvis serviat ei» erst dann einen recht prägnanten Sinn erhalten, wenn wir in ihnen eine Hinweisung auf die Edictsfassung erkennen.

Paulus libro XVIII ad Edictum.

In Fr. 22 pr. De nox. act.

Si servus depositus vel commodatus sit, cum domino agi potest noxali actione; *ei enim servire intelligitur*, et, quod ad hoc edictum attinet, in potestate eius est, maxime si copiam habeat recuperandi hominis.

Durch die Deposition oder das Commodat hört der Sklave nicht auf, seinem Herrn zu dienen. Die Noxalklage wird demzufolge nicht gegen den Depositar oder Commodatar, sondern gegen den Eigenthümer gehen: ei enim servire intelligitur. Von dieser Seite sind also die Bedingungen des Edicts erfüllt. Eine zweite Frage ist aber die, ob die Deposition nicht etwa der potestas des Herrn ein Ende macht und so die Noxalklage abwendet? Paulus antwortet auf diess Bedenken dahin:

---

[2]) Vgl. Fr. 17. § 9. De iniur. (XLVII. 10.) Fr. 14. § 5. De servo corr. (XI. 3.) Fr. 44. § 12. De furt. (XLVII. 2.) Fr. 3. Si ex nox. causa widerspricht dieser Bestimmung nicht; denn auch der Fructuar ist zur Vertheidigung berechtigt, wenn der Eigenthümer dieselbe nicht übernimmt, sonst wird ihm auch sein Recht entzogen. Fr. 17. § 1. Fr. 27. pr. h. t.

[3]) Ueber diese Rechtsregel L. 21. C. de furt. (VI. 2.) und dazu Zimmern a. a. O. §§ 51. 56.

der Vertrag als solcher hebe die Verfügung des Herrn nicht auf, sobald nur der Rückforderung selbst kein Hinderniss im Wege stehe.

Paulus libro XXII. ad edictum.

In Fr. 19. § 1. De nox. act.

Si servi, in quo usufructus alienus est, dominus proprietatis operas conduxerit, *verba efficiunt*,[4]) ut cum noxæ deditione damnetur.

Der Sinn dieser Stelle ist klar. Der Eigenthümer, welcher dem Fructuar die Dienste seines Sklaven abgemiethet, unterliegt der Noxalklage. Auch darüber ist kein Zweifel, dass Paulus seine Entscheidung auf die Wortfassung *des Edictes* gründet. Welche andere verba könnten hier gemeint sein? Aber wie denn nun das Edict lautet, darüber erhalten wir keinen Aufschluss. Am besten passt wieder das servire. Legen wir dieses zu Grunde, so lässt sich der Gedanke des Paulus in folgender Weise zergliedern: Wird der usufructus von dem Eigenthum getrennt, so folgt das servire dem erstern, nicht dem letztern. Der Sklave dient ausschliesslich dem Nutzniesser, nicht dem Proprietar. Eine Ausnahme hievon tritt dann ein, wenn der Eigenthümer die Dienste seines Sklaven vertragsmässig erwirbt. Das servire ist nun in seiner Person nicht weniger vorhanden, als wäre der usufructus selbst mit der Proprietät vereinigt. Mithin muss auch die Noxalklage gegen den Herrn gerichtet werden. Dieser Zusammenhang ist an sich völlig befriedigend. Er stimmt überdiess mit den beiden zuvor erörterten Stellen überein. Aber von einer andern Seite erheben sich Bedenken. Wir wissen, dass der Eigenthümer schon kraft der blossen Proprietät, ohne Niessbrauch und ohne Dienstmiethe, der Noxalklage unterliegt.[5]) Wie kann denn nun Paulus die operarum conductio fordern und sich überdiess mit dieser nur kraft der Wortfassung des Edicts befriedigt erklären? Dieser Widerspruch löst sich auf folgende Weise: Die Zulassung der Noxalklage gegen den Eigenthümer

[4]) Haloander und vulgata: verba edicti.

[5]) Fr. 18. h. t. S. n. 2.

und die Versagung derselben gegen den Fructuar war von Alters her anerkannt,[6]) und wurde, wie wir aus Pomponius Fragment[7]) abnehmen, selbst *gegen* die Worte des Edicts aufrecht erhalten. Tritt aber nun Dienstmiethe ein, so ist es nicht nöthig, die Haftbarkeit des Eigenthümers auf jenen Satz des Civilrechts zurückzuführen; jetzt genügt schon die Berufung auf den Edictsausdruck servire. Denn jetzt leistet der Sklave nicht mehr dem Fructuar, sondern wieder dem Eigenthümer seine Dienste; jetzt wird der Eigenthümer schon nach dem Wortlaut des Edicts der Noxalklage unterworfen.

So viel über den Ausdruck servire.

Die potestas besteht in der Möglichkeit der Exhibition[8]) oder Noxädedition.[9]) Diess Erforderniss[10]) wird an manchen einzelnen Beispielen erläutert. Die Flucht hebt alle potestas auf;[11]) ebenso die peregrinatio;[12]) nicht so die Hingabe als depositum, commodatum oder pignus, so lange es möglich ist, den Sklaven zurückzuerhalten, also beim Pfande, wenn die Einlösung ohne Beschwerlichkeit geschehen kann.[13])

Gegen die absichtliche Aufhebung der potestas bietet das Civilrecht keine Hilfe. Der prætor dagegen bestraft dieselbe durch die Gestattung eines iudicium sine noxæ deditione,[14]) welches die Stelle der Civilklage vertritt,[15]) mit dieser zuwei-

---

6) Vgl. n. 3.

7) Fr. 18. h. t.

8) Fr. 21. § 3. h. t. Fr. 215. De verb. sign. (L. 16.)

9) Fr. 42. § 2. h. t. Vgl. Fr. 7. h. t.

10) Die legis aquiliæ actio noxalis zeichnet sich auch hierin vor den übrigen Noxalklagen aus; sie verlangt keine potestas. Fr. 27. § 3. Ad leg. aq. (IX. 2.) Zimmern a. a. O. S. 167—194. sieht hierin die Regel und beschränkt das Erforderniss der potestas auf die actio furti. Ohne Grund. S. Fr. 7. pr. Fr. 42. § 2. h. t.

11) Fr. 21. § 3. Fr. 24. h. t. Paulus R. S. II. 31. § ult.

12) Fr. 21. § 3. h. t. Nicht jede Abwesenheit, denn der absens muss durch die cautio iudicio sisti vertheidigt werden. Fr. 2. § 1. Si ex nox. causa. — Ueber den Unterschied von peregre agere und absentem esse s. Fr. 7. § 13. Quib. ex causs. (XLII. 4.)

13) Fr. 22. pr. §§ 1. 2.

14) Fr. 12. Fr. 16. Fr. 39. pr. h. t.

15) Fr. 26. § 4. Fr. 39. pr. h. t. Fr. 17. De interr. in iure. — Fr. 16. h. t.

len concurrirt,[16]) und unter Umständen durch eine exceptio doli entkräftet werden kann.[17])

Die Schwierigkeit des Beweises wird durch die Anwendung der interrogationes in iure vermieden.[18]) Die bejahende Antwort begründet eine selbstständige Haftbarkeit;[19]) so lange nicht ein auch sonst anerkannter Befreiungsgrund, wie z. B. der Tod[20]) oder die Gefangenschaft des Sklaven,[21]) eintritt; die Verneinung dagegen berechtigt den Kläger, nicht auch dessen Erben,[22]) zur Auferlegung des Eides oder zur Klage ohne Noxädedition[23]) nach seiner Wahl, Beides nur allein gegen den bei seiner Angabe Beharrenden,[24]) nicht auch gegen dessen Erben.[25])

Diese Bestimmungen kommen nicht nur gegen den Eigenthümer, sondern eben so auch gegen den bonæ fidei possessor und gegen den prædo zur Anwendung. Anders dagegen gestaltet sich die Sache, wenn der Beklagte weder als Eigenthümer, noch als Eigenthumsbesitzer, sondern nur darum, weil er sich vor dem prætor fälschlich zum Eigenthum bekannte (quia alienum servum in iure *suum* fassus est), der Noxalklage unterliegt. Könnte sich dieser durch die fehlende potestas befreien, so würde die interrogatio in iure regelmässig entkräftet. Man schlug daher hier einen andern Weg ein. An die Stelle

16) Nämlich wenn der Sklave veräussert oder freigelassen wurde. Fr. 24. h. t. (Hier ist das erste noxalis auszustreichen. Vgl. Cuiacius obss. XXII. 9.) Fr. 43. § 1. De furt. (XLVII. 2.), oder wenn von mehrern Eigenthümern nur der Eine seinen Besitz aufgab. Fr. 26. § 2. h. t.

17) Fr. 24 am Ende. Fr. 25. Fr. 26. pr. Fr. 39. § 2. h. t.

18) Beispiele: Fr. 5. De interr. in iure. Fr. 22. § 3. h. t. Fr. 2. § 1. Si ex nox. caus.

19) Fr. 5. Fr. 17. De interr. in iure.

20) Nach Analogie von Fr. 15. § 1. De interr. in iure.

21) Fr. 16. pr. De interr. in iure.

22) Fr. 26. § 5. h. t. Neque *heredi* — quod defunctus mentitus est, actio danda est.

23) Fr. 21. §§ 2—6. Fr. 22. § 4. h. t. Diese Klage verlangt den Beweis der potestas; nicht so die wegen Weigerung des Eides ertheilte, durch welche die contumacia bestraft werden soll.

24) Fr. 26. § 5. h. t. Unter Umständen kann selbst nach der Litiscontestation Widerruf stattfinden.

25) Fr. 26. § 5. h. t.

der potestas trat die Möglichkeit, den schuldigen Sklaven zu seinem Eigenthum zu erwerben. Wo diese fehlte, da wurde der Beklagte trotz seiner confessio frei.[26])

b) Nicht jeder Beklagte, sondern nur derjenige, welcher zur Zeit des Urtheils den Sklaven noch unter seiner Verfügung hat, darf condemnirt werden. Die fehlende potestas nöthigt den Richter zur Absolution, sollten auch alle übrigen Bedingungen der Verurtheilung vorhanden sein. Als einzelne Fälle einer solchen Befreiung werden die Statulibertät, der Eintritt der fideicommissaria libertas und der Eigenthums-Uebergang in Folge eines bedingten Legats namhaft gemacht.[27]) Der Richter hat hierauf ohne die Anleitung der Formel, allein kraft seines officium Rücksicht zu nehmen.[28]) Er wird daher unter Umständen seine Absolution von gewissen Leistungen, z. B. von der Cession der aquilischen Klage[29]) oder von der Leistung des Preises der statuta libertas[30]) abhängig machen. Er wird auch zwischen unverschuldeter und absichtlich herbeigeführter Aufhebung der potestas unterscheiden, wenn gleich das Civilrecht diese beiden Fälle nicht kennt, und nur jene, nicht auch diese zur Absolution für genügend erachten.[31])

Die Beendigung der potestas während der Dauer des Processes ist zunächst bei den Noxalklagen von Bedeutung. Ausnahmsweise wird sie aber auch bei den Klagen ohne Noxædedition berücksichtigt. Diese haben wir bis jetzt in drei Fällen kennen gelernt: zunächst da, wo der Eigenthümer weder vertheidigt, noch Noxædation oder wenigstens Exhibition des schuldigen Sklaven anbietet; ferner nach der ausdrücklichen Bestimmung des Edicts gegen die dolose Aufhebung oder gegen die

---

26) Fr. 16. § 1. h. t. (Ulpianus.) Quamquam autem placet, etiam eum teneri, qui alienum servum suum fassus esset, attamen rectissime placuit, *eum demum teneri, qui suum potuit habere;* ceterum si dominium quærere non potuit, non teneri.

27) Fr. 14. §. 1. h. t.

28) Fr. 14. § 1. h. t. arbitrio iudicis absolvi eum oportet.

29) Fr. 1. § 16. Si quadrupes. (IX. 1.)

30) Fr. 63. § 9. De furt. (XLVII. 2.) Africanus libro VIII quæstionum.

31) Fr. 21. pr. h. t. enthält die Regel; Fr. 37 in fine, Fr. 38. h. t. ein Beispiel.

Abläugnung der potestas. Die beiden letztern Fälle werden mit grösserer Strenge behandelt, als der erstere. Der Richter lässt keine Absolution eintreten, sollte auch die potestas inzwischen aufgehoben, der Sklave gestorben, die Bedingung der Freiheit eingetreten sein;[32]) ein Satz, der um so mehr Beachtung verdient, da die prätorische Klage in andern Beziehungen der civilen Noxalklage folgt.[33]) In dem ersten Fall dagegen wird jede unverschuldete Aufhebung der potestas berücksichtigt, trotz dem dass die Klage selbst nicht noxal ist.[34]) Die blosse contumacia wird also milder behandelt als der dolus.

c) Ist endlich die Verurtheilung mit dem Zusatz: aut noxæ dedere ausgesprochen, so wird die während des tempus iudicati eintretende Unmöglichkeit der Restitution den Condemnirten von der Litisästimation befreien, wie früher von der Verurtheilung und selbst von der Klage. Diese Consequenz scheint so unabweislich, dass wir uns über den Mangel eines ausdrücklichen Zeugnisses vollkommen beruhigen können. Ohne Gewicht ist das Recht der alternativen Stipulation, bei welcher die Unmöglichkeit der einen Leistung die Nothwendigkeit der andern zur Folge hat.[35]) Denn die Noxædation begründet keine Alternative; sie ist nicht in obligatione sondern in solutione, Gegenstand der Condemnation ist nur die Litisästimation, nicht die Auslieferung des Sklaven, wie diess von Ulpian in Fr. 6. § 1. De re iudicata so bestimmt hervorgehoben wird. In einem Falle tritt nicht Befreiung, sondern Denegation der iudicati actio ein. Ist nämlich der Eigenthümer im Namen desselben Sklaven mehreren Klägern cum noxæ deditione verurtheilt, so hat nur

---

32) Fr. 16. h. t. (Iulianus.)

33) S. n. 15.

34) Fr. 21. pr. h. t. (Ulpianus.) — — iudicium suscipiet omnimodo (d. h. sine noxæ deditione s. oben § 94. n. 5.) *sed non alias condemnabitur, quam si in potestate habeat, dolove malo fecerit, quominus haberet.* Aus dieser Stelle folgt zugleich, dass auch die *freiwillige Noxædation* vor gefälltem Urtheil zur Absolution führt, wie diess Fr. 39. § 3. h. t. ausspricht. S. oben §. 94. n. 6.

35) Fr. 34. § 6. De contr. emt. (XVIII. 1.)

der erste Sieger Anspruch auf Uebergabe; den folgenden verweigert der prætor die Judicatsklage.[36])

98. Werfen wir nun einen Blick auf die Entwicklung der Noxalklagen zurück, so finden wir, dass das Wesen derselben auch noch nach neuestem Recht in der Möglichkeit, sich durch Dedition des Sklaven von der Litisästimation zu befreien, gefunden werden muss. Alle übrigen Auszeichnungen insbesondere die Vermeidung der Klage und der Verurtheilung durch das freiwillige Angebot oder durch die Unmöglichkeit der Noxædation schliessen sich jener ersten Eigenthümlichkeit als ihrem Ausgangspunkte an, und dürfen nicht als selbstständige, gleichgeordnete Qualitäten angesehen werden.

99. III. DIE MISSION GEGEN DEN NUNTIATEN WEGEN VERWEIGERTER CAUTIONSLEISTUNG.

Die räthselhafteste von allen Missionen ist die bei der operis novi nuntiatio gegen den Nuntiaten verhängte. Paulus, der uns allein von derselben Kenntniss gibt, bestimmt den Fall, in welchem sie eintritt, nicht genauer.

Ulpianus libro IX. ad edictum.

In Fr. 35. § 3. De proc. et def. (III. 3.)

Defendere videtur procurator et si in possessionem venire patiatur, quum quis damni infecti satis, vel legatorum desideret, (Fr. 36 Paulus libro VIII ad edictum) *vel in operis novi nuntiatione.* Sed et si servum in causa noxali patiatur duci, defendere videtur. Ita tamen, ut in his omnibus ratam rem dominum habiturum caveat.

So viel ist klar, dass die Mission auch hier die Stelle der Caution vertreten soll, wie wir diess bei den Legaten, beim damnum infectum, bei den Noxalklagen gefunden haben. Aber welche Caution wird in dieser Weise ersetzt? Die Interpreten sprechen insgesammt von der cautio de restituendo opere.[1])

[36]) Fr. 14. pr. h. t. Vgl. Fr. 19. pr. De re iud. (XLII. 1.)

[1]) S. besonders Cuiacius obss. XXII. 12. und ad edictum Pauli (opp. t. V. p. 109.) Andere bei Schulting und Hommel.

Allein diese Annahme lässt sich mit der Theorie der Nuntiation in keiner Weise vereinigen. Niemals führt die Verweigerung jener Sicherheitsleistung zu der Einweisung in den Besitz. Der Erfolg ist ein ganz anderer. Wer nicht cavirt, kann den Bau nicht fortsetzen, ohne den prätorischen Befehl der Wiederzerstörung zu gewärtigen.[2]) In diesen Zusammenhang, in die operis novi exsecutio, wie es die Quellen nennen,[3]) passt die Mission nicht. Sie wird auch in der That in dem betreffenden Titel mit keiner Sylbe erwähnt. — Ein haltbareres Resultat giebt die Annahme der cautio iudicatum solvi. Diese wird bei jeder actio in rem, insbesondere auch bei der negatoria, sowohl vor dem Beginn[4]) als nach der Vollendung des Baues[5]) von dem Besitzer verlangt.[6]) Sollte der Nuntiat ihr entgehen können? Unmöglich. Auch er ist Besitzer, auch er bei einer actio in rem. Die Nuntiation bereitet ja die negatoria, sie ordnet die Besitzverhältnisse, vertheilt die Rollen für den künftigen Rechtsstreit;[7]) der Nachbar muss seine Befugniss, den Bau zu hindern, in gerichtlicher Klage darthun.[8])

Ein Bedenken steht dieser Annahme allerdings entgegen. Bei den actiones in rem wird die Uebertragung des Besitzes in der Regel durch das interdictum Quem fundum vermittelt.[9]) Wir können nicht daran zweifeln, dass auch bei der negatoria nach vollendetem Baue[10]) derselbe Weg eingeschlagen wurde. Paulus aber spricht entschieden von der Uebertragung durch

---

2) Fr. 1. § 7. Fr. 8. §§ 2. 4. Fr. 20. §§ 1. 4. Fr. 21. § 1. De op. nov. nunt. (XXXIX. 1.)

3) Fr. 5. pr. Fr. 7. Fr. 19. De op. nov. nunt.

4) Fr. 15. De op. nov. nunt. Die Worte: itemque e contrario &c.

5) Fr. 45. De damno inf.

6) Fr. 40. § 2. De proc. et def. und über die Folgen der Verweigerung oben § 15. n. 3.

7) Fr. 1. § 6. Fr. 5. § 10. De op. nov. nunt. Fr. 13. § 10. De damno inf.

8) Fr. 1. § 9. Vgl. Fr. 2. Fr. 5. § 6. Fr. 8. §§ 2. 4. 6. De op. nov. nunt. Wird nur damni depellendi causa nuntirt, so kommt es zu keiner in rem actio, mithin wird hier auch keine cautio iudicatum solvi verlangt. Diess ist aber eine spätere Ausdehnung der Nuntiation. S. oben § 88.

9) Oben § 15. n. 3.

10) Denn vor vollendetem Baue wurde nicht der Besitz übertragen, sondern nur die Partheirolle gewechselt. Fr. 15. De op. nov. nunt., zweite Hälfte.

die Mission. Also während des Baues sollte ein anderes Verfahren stattfinden als nach der Vollendung desselben? Zuerst Mission, später Interdict? Doch auch diese Abweichung vermag die gegebene Erklärung nicht umzustossen. Zeitiger Einspruch gegen das Bauunternehmen rechtfertigt ein schnelleres Verfahren. Wer dagegen den Nachbar erst ruhig vollenden lässt, und dann mit der negatoria gegen ihn auftritt, wird an den regelmässigen langsamern Interdictsgang gewiesen.

Eine weitere Schwierigkeit liegt in der Schlussbemerkung des Paulus, wonach der procurator für die Anerkennung der Mission von Seite des Herrn cautio de rato zu stellen hat. Gerade diese Sicherheitsleistung wird von demselben Paulus im IX. Buche zum Edict in Abrede gestellt:

Fr. 45. § 2. De proc. et def.

Si procuratori opus novum nuntiatum sit, isque interdicto utatur, ne ei vis fiat ædificanti, defensoris partes eum sustinere, *nec compelli cavere ratam rem dominum habiturum*, Iulianus ait. Et si satisdederit, non animadverto, inquit Iulianus, quo casu stipulatio committatur.

Auch hier ist der procurator Nuntiat und desswegen in der Rolle des defensor; aber die cautio de rato wird ihm erlassen. Dieser Widerspruch ist indess nur scheinbar. Die beiden Stellen beziehen sich auf völlig verschiedene Fälle. Der procurator hat nämlich nach erfolgter Nuntiation die Wahl zwischen zwei Wegen: er kann de opere restituendo caviren und so fortbauen, daher auch gegen fernere Störungen das interdictum ne vis fiat ædificanti anrufen; — er kann statt dessen auch sich der Nuntiation unterwerfen und den Bau bis zu richterlicher Entscheidung seines Baurechts einstellen.[11]) In dem ersten Falle ist keine cautio iudicatum solvi weiter nöthig; die cautio de opere restituendo ersetzt ihre Stelle. Anders im zweiten Falle. Hier muss de iudicato cavirt, oder im Weigerungsfall der Besitz auf den Kläger übertragen werden. Ein zweiter Unterschied beider Verfahrungsarten bezieht

[11]) S. n. 2.

sich auf das Erforderniss der cautio de rato. Der fortbauende procurator braucht diese Sicherheit nicht zu leisten, wohl aber der, welcher den Bau einstellt und den Besitz überträgt. Woher diese Verschiedenheit? Der Grund liegt darin, weil das Mandat, kraft dessen der procurator den Bau unternimmt, auch alles dasjenige mitumfasst, welches zur Vollendung erforderlich ist,[12]) also insbesondere Bestellung der cautio de opere restituendo und bei fernerer Verhinderung die Geltendmachung des interdictum ne vis fiat ædificanti. Wo aber ein vorausgehendes Mandat vorliegt, da braucht nicht für nachfolgende Ratihabition cavirt zu werden.[13]) Die Unterlassung des Baues ist dagegen dem mandatum de ædificando fremd; daher hat diess auch keine Bedeutung für die Folgen jener Unterlassung, am wenigsten für die Translation des Besitzes. Der Herr könnte diese wieder anfechten, und desshalb muss cautio de rato bestellt werden. Tritt man dieser Darstellung bei, so ist auch die Vereinigung jener beiden Fragmente gefunden. Fr. 45 § 2. setzt die Weiterführung des Baues und die Bestellung der cautio de opere restituendo voraus; dafür bürgt die Erwähnung des interdictum ne vis fiat ædificanti; — Fr. 36 dagegen handelt ausschliesslich von der Mission wegen verweigerter cautio iudicatum solvi, folglich von der Einstellung des Bauunternehmens.

Auf ähnliche Weise ist ein Fragment Julians zu erklären, welches den procurator, der zuerst selbst nuntirt, dann aber trotz erhaltener cautio de opere restituendo den Bau unterbricht und desshalb mit dem interdictum ne vis fiat ædificanti zur Ruhe gewiesen wird, mit der cautio iudicatum solvi belegt, dagegen von der cautio de rato freispricht.[14]) Das Mandat der operis novi nuntiatio enthält eben alles, was die Durchführung jenes Rechtsmittels, die exsecutio nuntiationis, mit sich bringt, und dahin gehört entschieden auch die Vertheidigung gegen das Interdict des Nuntianten. Daher ist hier

12) Fr. 56. Fr. 62. De proc. et def.
13) Fr. 3. § 2. Ut in poss. leg. (XXXVI. 4.)
14) Fr. 5. § 20. Fr. 6. Fr. 7. pr. De op. nov. nunt.

weder das Gesuch um die exceptio procuratoria, noch das um Leistung der cautio de rato begründet.

100. Die Zusammenstellung der Missionen in einzelne Sachen mit den Einweisungen in den Besitz eines ganzen Vermögens könnte leicht zu der Annahme verleiten, als ruhten beide auf derselben Rechtsidee, als wären sie überall nur als Zwangsmittel, bald zur Uebernahme der Vertheidigung gegen eine Klage, bald zur Bestellung der Caution bestimmt. Und in der That ist diese Anschauungsweise sehr verbreitet. In allen Darstellungen der damni infecti cautio, ebenso in denen der Noxalklagen blickt sie durch. In der Uebertragung des Besitzes sieht man ein Mittel, den Widerstand des Cautionspflichtigen zu überwinden, den Ungehorsam zu brechen: in der Succession der beiden Decrete bei der damni infecti cautio eine Nachahmung des stufenweisen Fortschrittes der bonorum venditio. Wie wenig diese Auffassung der römischen Ansicht entspricht, ergiebt sich aus unserer ganzen Darstellung. Weder die Mission in das baufällige Gebäude, noch die Ueberlieferung des schuldigen Sklaven dient als Zwangsmittel, in keinem der beiden Fälle liegt eine Verpflichtung vor, die erzwungen werden könnte. Der Eigenthümer hat die Wahl zwischen der Vertretung seiner Sache und der Aufgabe derselben. Die beiden Glieder dieser Alternative sind sich völlig gleichgeordnet, nicht weniger als die Theile eines alternativen Versprechens; jedes derselben ist sich selbst Zweck, keines nur ein Mittel, die Erfüllung des andern zu sichern und zu beschleunigen. Ein Blick auf die Geschichte des Noxalverfahrens erhebt diese Behauptung über allen Zweifel. Nach der Bestimmung der Decemvirn war die Noxädation ein Mittel, der oft weit drückendern Verpflichtung zur Leistung der Litisästimation zu entgehen. Und daraus will man nun durch die Umkehrung aller Verhältnisse ein Zwangsmittel zur Erfüllung der Judicatsschuld machen! Was aber von der ursprünglichen Anwendung der Noxaldedition gilt, das behält seine Bedeutung auch für alle spätern Erweiterungen derselben, das bestätigt

sich zuletzt auch bei der damni infecti cautio. Man lese folgende Fragmente und entscheide dann, ob ihre Verfasser der Idee des Zwanges huldigen:

Pomponius libro XIV ad Sabinum.

In Fr. 33. De nox. act.

Noxali iudicio nemo cogitur alium defendere, sed carere debet eo, quem non defendit, si servus est.

Pomponius libro VIII. epistolarum.

In Fr. 43. De nox. act.

— Servos dominus eodem loco exhibere debet, ubi vim intulisse dicentur, et carere omnium dominio poterit, si eos non defendat.

Ulpianus libro LIII ad edictum.

In Fr. 7. § 1. De damno inf.

— Quum — animalia, quæ noxam commiserunt, non ultra nos soleant onerare, quam ut noxæ ea dedamus, multo magis ea, quæ anima carent, ultra nos non debent onerare, præsertim quum res quidem animales, quæ damnum dederunt, ipsa exstent, ædes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint exstare.

So sehen wir also, dass sich die Missionen nur theilweise der Idee des indirecten Zwanges unterordnen, und dass insbesondere die Uebertragung des baufälligen Hauses und die des schuldigen Sclaven auf einer ganz andern Grundlage ruhen: ein Resultat, das für unsere folgende Darstellung nicht ohne Bedeutung ist.

XIV.

Uebertragung des Pfandbegriffs auf die Missionen.

---

1. Sämmtliche Missionen, so verschieden sie auch im Uebrigen sind, kommen in einem Punkte miteinander überein: sie erzeugen insgesammt das sogenannte prätorische Pfand.

Ulpianus libro III. disputationum.

In Fr. 26. De pign. act. (XIII. 7.)

Non est mirum, *si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui*, quum testamento quoque pignus constitui posse, imperator noster cum patre sæpissime rescripserit. — Sciendum tamen, ubi *iussu magistratus pignus constituitur*, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem.

Ulpianus libro XXXV. ad edictum.

In Fr. 3. § 1. De reb. eor. qui sub tut. (XXVII. 9.)

— Sed et in possessionem mitti rerum pupillarium a prætore quis potest, et *ius pignoris contrahitur*, sive legatorum servandorum causa, sive damni infecti, et, ut procedat, iuberi etiam possideri poterit. Hæ enim obligationes sive alienationes locum habent, quia non ex tutoris vel curatoris voluntate id fit, sed ex magistratuum auctoritate.

Die Uebertragung des Pfandrechts auf das Gebiet der prä-

torischen Einweisungen ist eine höchst auffallende Erscheinung. Pignus und Mission sind völlig verschieden. Beide ruhen auf eigenthümlichen Grundlagen. Ja die einzelnen Einweisungen zeigen auch unter einander der Verschiedenheiten mehr als der Berührungspunkte; und doch werden sie nun als eben so viele Entstehungsgründe des Pfandrechts behandelt. Was mag wohl diese so seltsame Combination veranlasst haben? Ulpian verweist uns auf die Analogie des testamentarischen Pfandes. In diesem, meint er, liege die Anerkennung des Princips, dass die Pfandbestellung nicht ausschliesslich Sache der freien Uebereinkunft sei, sondern eben so gut auf einseitiger Anordnung beruhen könne. Desshalb stehe denn auch der Annahme eines durch den Magistrat begründeten Pfandrechts kein Hinderniss mehr in dem Wege. Wir wollen das Gewicht dieser Bemerkung nicht in Abrede stellen. Aber die aufgeworfene Frage wird dadurch nicht beantwortet. Ulpian erklärt uns nicht, wie man dazu kam, die Mission als Pfandbestellung zu behandeln, er setzt vielmehr diese Auffassungsweise selbst voraus, und sucht sie nur gegen einen einzelnen Einwurf in Schutz zu nehmen.

Die Veranlassung war eine rein practische; *sie lag in dem Bedürfniss, für einzelne nicht entschiedene Puncte der Missionslehre eine rechtliche Norm zu gewinnen.* Es bedarf kaum der Erwähnung, dass dieser Satz durch keinen bestimmten Ausspruch eines alten Juristen bewiesen werden kann. Er ist vielmehr das Ergebniss einer ganzen Anzahl von Fragmenten, in welchen die Theorie der Missionen mit Hilfe des Pfandbegriffs in der angegebenen Weise ergänzt wird. Wir stellen hier dieselben vorerst zusammen, um für unsere spätere Erörterung eine feste Grundlage zu gewinnen.

2. Ulpianus libro LII ad edictum.

In Fr. 5 § 21. Ut in poss. leg. (XXXVI. 4.)

Quæri poterit: an in vicem usurarum hi fructus cedant, quæ in fideicommissis debentur? *Et quum exemplum pignorum sequimur*, id quod ex fructibus percipitur, primum in usuras,

mox, si quid superfluum est, in sortem debet imputari. Quin immo et si amplius quam sibi debetur, perceperit legatarius, *exemplo pignoraticiæ actionis etiam utilis actio* ad id refundendum dari debebit. Sed pignora quidem quis et distrahere potest, hic autem frui tantum ei constitutio permisit, ut festinetur ad sententiam.

Ulpian spricht von der missio antoniniana, deren Hauptzweck die Selbstbefriedigung des Vermächtnissnehmers ist. Der Kaiser ging hier nicht so weit, dem Eingewiesenen das Verkaufsrecht einzuräumen, und ihn auf diese Weise dem Pfandgläubiger gleichzustellen; er beschränkte ihn auf den blossen Fruchtgenuss; aber auch dieser veranlasste dieselben Rechtsfragen, welche die Veräusserung des Pfandes hervorrief: Soll der Ertrag der Früchte auf die Zinsen abgerechnet werden, und in welcher Ordnung? Was ist endlich das Schicksal des Ueberrestes? Für beide Punkte gab die Theorie der Legatsmission keine Entscheidung und auch das kaiserliche Gesetz enthielt nichts darüber. In dieser Verlegenheit bot die Analogie der pfandrechtlichen Bestimmungen eine willkommene Norm. [1]) Auf sie beruft sich Ulpian. Der Eingewiesene erhält dasselbe Recht, welches der Pfandgläubiger bei dem Verkauf hat; er tilgt zuerst die Zinsen, nachher das Kapital; den Ueberschuss giebt er zurück oder wird mit der utilis pignoraticia actio zur Rückgabe gezwungen.

Besondere Beachtung verdient die Ausdrucksweise des Juristen: exemplum pignorum sequimur. Der Eingewiesene ist also keineswegs Pfandgläubiger; ja die ihm übergebenen Sachen bilden den Gegensatz wahrer Pfänder;[2]) sie werden nur in einer einzelnen Frage nach den für die Pfänder geltenden Regeln beurtheilt.[3])

3. Hermogenianus libro IV. iuris epitomarum.
In Fr. 11. § 1. Ut in poss. leg. (XXXVI. 4.)

---

[1]) L. 1. 2. 3. 12. C. de pign. act. (IV. 24.)
[2]) Sed pignora quidem quis et distrahere potest, hic autem &c.
[3]) Unten § 12. n. 35.

Si rei servandæ causa in possessionem missus sit proprius creditor heredis et rei per fideicommissum mihi relictæ adeptus fuerit possessionem, nihil me per eum[1]) lædi oportere convenit, *non magis quam si ab ipso herede eam rem pignori* accepisset.

Die giltige Verpfändung verlangt stets das in bonis des Verpfänders. Diesem Erforderniss genügt das blosse Eigenthum noch nicht. Auch der Eigenthümer hat zuweilen nicht in bonis: so derjenige, welchem die Veräusserung untersagt ist;[2]) eben so der Erbe, welcher zur Restitution eines Legats oder Fideicommisses angehalten werden kann.[3]) In diesem Falle ist die Verpfändung ungiltig. Dasselbe Schicksal trifft die Mission. Der Gläubiger des Erben steht dem Fideicommissar nach, mag er sein Recht auf einen Vertrag oder auf die prätorische Einweisung zurückführen. Auch dieser Entscheid wird aus der Theorie des Pfandrechts herübergenommen.

4. L. 3. C. ut in poss. leg. (VI. 54.)

Impp. Severus et Antoninus A. A. a. 196.

Si, postquam servandi legati seu fideicommissi gratia in possessionem inductus es, pignoris obligatio aut venditio ab herede intervenit, præcedere causam tuam, *quam iure prætorio veluti pignus habuisti*, manifestum est.

Es musste die Frage entstehen, welchen Einfluss der Besitz des Eingewiesenen auf die Dispositionsbefugniss des Eigenthümers ausübe? Die Kaiser entscheiden nach Anleitung der für das Conventionalpfand ausgebildeten Regel. Verkauf und Verpfändung von Seite des Erben sind zwar nicht ungiltig, aber das Recht des Eingewiesenen geht diesen später entstandenen Rechten vor.

---

1) Flor. *em.* Cuiacius obss. III. 38.

2) Fr. 10. pr. De curat. fur. (XXVII. 10.) — quia *in bonis non habeant*, quum eis deminutio sit interdicta.

3) L. 3. §§ 2. 3. C. comm. de leg. (VI. 43.) — — satis absurdum est et irrationabile, rem, *quam in suis bonis pure non possidet*, eam ad alios posse transferre, vel hypothecæ pignorisve nomine obligare — —.

5. Papinianus libro XX. responsorum.

In Fr. 12. Pro emtore. (XLI. 4.)

Misso legatario in possessionem res pro emtore usucapiuntur, *salva prætorii pignoris causa.*

Iulianus libro XLIV. digestorum.

In Fr. 2. Pro herede. (XLI. 5.)

Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, non interpellat possessionem eius qui pro herede usucapit; custodiæ enim causa rem tenet. Quid ergo est? *Etiam impleta usucapione ius pignoris retinebit*, ut non prius discedat, quam si solutum ei legatum fuerit aut eo nomine satisdatum.

Der Usucapionsbesitz des Erben wird durch die custodia des eingewiesenen Vermächtnissnehmers nicht unterbrochen, die Ersitzung geht ihren Gang fort. Kommt sie zur Vollendung, so entsteht die Frage, ob nicht nur das Recht des bisherigen Eigenthümers, sondern auch das des Legatars ausgeschlossen werde? Die Analogie des Conventionalpfandes entscheidet auch hier.[1]) Das Recht des Eingewiesenen ist von dem Eigenthumswechsel, selbst dem durch Usucapion völlig unabhängig.

6. Ulpianus libro XIX. ad edictum.

In Fr. 18. § 6. Fam. erc. (X. 2.)

Cum unus ex heredibus legatum exsolvit ei, qui missus fuerat in possessionem legatorum servandorum causa, putat Papinianus et verum est, familiæ erciscundæ iudicium ei competere adversus coheredes, quia non alias discederet legatarius a possessione, *quam vice pignoris erat consecutus*, quam si totum ei legatum fuisset exsolutum.

Diese Stelle enthält eine Anwendung der Lehre von der Untheilbarkeit des Pfandes auf die Verhältnisse der Mission. Der mit einem Legat belastete Erbe stirbt und hinterlässt seinerseits mehrere Erben, von welchen der eine die ihn betreffende Quote an den Vermächtnissnehmer auszahlt, während der andere nichts leistet. Soll nun die theilweise Befriedigung eine entsprechende Reduction der custodia herbeiführen? Die

[1]) Oben II. § 14.

Verneinung dieser Frage hätte sich auf verschiedene Weise motiviren lassen. Insbesondere konnte der Satz des Callistratus in Fr. 13. Ut in poss. geltend gemacht werden. Quamvis *minima* res legata sit vel per fideicommissum relicta, tamen si non solvatur ab herede vel eo nomine cavêatur, quum caveri oporteat, in possessionem *omnium bonorum* quæ ex ea hereditate sunt, legatarium sive fideicommissarium prætor legatorum servandorum causa mittet. Denn wenn von Anfang an für den kleinsten Theil des ausgesetzten Legats in die ganze Erbschaft eingewiesen wird, so kann auch die spätere theilweise Tilgung keinen Erfolg haben. Einen andern Weg schlägt Ulpian ein. Er beruft sich auf die Analogie des Conventionalpfandes, dessen Liberation stets die Tilgung der ganzen Schuld voraussetze. Dieser Beweis war nun allerdings schlagender als jeder andere. Von einer Gegenmeinung findet sich daher auch nirgends eine Spur.[1]) Dieselbe Anwendung der Pfandrechts-Analogie kehrt auf einem andern Gebiete wieder. Ihre Vergleichung mit dem eben behandelten Falle ist von grossem Interesse.

Paulus libro VI ad Sabinum.

In Fr. 44. § 7. Fam. erc. (X. 2.)

Usufructu uxori legato, donec ei dos solvatur, per abitrum familiæ erciscundæ tam id, quod coheredis nomine ex dote solutum sit, recuperari, quam ut coheres solvat, effici posse, Cassius ait et verum est.

Das Legat des ususfructus mit dem Beisatz: donec dos solvatur, enthält keine Pfandbestellung, sondern eine einfache Einräumung des Niessbrauchs auf eine bestimmte Zeit.[2]) Die Frau soll den ususfructus nicht als Gläubigerin zur Sicherheit für ihre Dotalforderung, sondern als wahre Niessbrauchsberechtigte bis zur Rückzahlung der dos innehaben. Sie unterscheidet sich von andern Nutzniessern durch Nichts weiter als durch die eigenthümliche Beendigung ihres Rechtes. Aber

---

[1]) Fr. 6. §. 1. Ut in poss. (Iulianus.)

[2]) Paulus R. S. III. 8. § 36.

gerade diese führt eine sehr grosse Aehnlichkeit mit dem Pfandverhältnisse herbei. Die Tilgung der Forderung macht dem Niessbrauch ein Ende gerade wie dem Pfand. Kein Wunder daher, wenn die Cassianer und mit ihnen Paulus die Lehre von der Untheilbarkeit des Pfandes auf jenes Niessbrauchlegat anwenden, dasselbe der Frau bis zu gänzlicher Auszahlung der dos ungeschmälert belassen, und in Folge davon gegen die im Rückstande bleibenden Erben die familiæ erciscundæ actio einräumen. Das Verfahren, welches die Cassianer in der Beurtheilung dieses Legats beobachten, entspricht genau dem auf die Missionen angewendeten. Die Aehnlichkeit eines bestimmten Rechtsverhältnisses mit dem Conventionalpfande veranlasst hier wie dort die Uebertragung gewisser pfandrechtlicher Grundsätze auf ein ihnen fremdes Gebiet. Aber der Beifall war in beiden Fällen verschieden. Die Behandlungsweise der Mission nach der Analogie des Conventionalpfandes rief keine Gegenmeinung hervor. Dagegen wurde die Untheilbarkeit jenes legatum usufructus angefochten. Labeo vertheidigte in Bezug auf dieses eine gerade entgegengesetzte Meinung.

Iavolenus libro II ex posterioribus Labeonis.

In Fr. 30 pr. De usu et usufr. (XXXIII. 2.)

Cui usufructus legatus esset, donec ei totius dotis satisfieret, quum ei heres pro sua parte satisdedisset, quamvis reliqui satis non darent, tamen *pro ea parte usumfructum desinere habere mulierem*, ait Labeo; idem fieri et si per mulierem mora fieret, quo minus satis acciperet.

Die Proculianer verringerten also den usufructus nach Maasgabe des an der dos abgetragenen Antheils; und wir möchten uns unbedingt auf ihre Seite stellen. Die Aehnlichkeit mit dem Pfandrecht, auf welche sich die Cassianer stützen, ist eine rein äusserliche. Die Frau erhält den Niessbrauch nicht als Pfand, nicht als Sicherheit für die künftige Entrichtung der dos, sondern vielmehr als Aequivalent für die noch nicht erfolgte Rückerstattung und den in dieser Zwischenzeit entbehrten Zinsertrag. Dieser Absicht des Testators entspricht

die theilweise allmälige Reduction des Fruchtgenusses weit besser, als die ungeschmälerte Fortdauer desselben bis zu gänzlicher Rückzahlung. Jedes Aequivalent unterliegt dem Gesichtspunkt der Theilbarkeit ebenso nothwendig, als das Pfand dem der Untheilbarkeit.

7. Pomponius libro IX. ad Sabinum.

In Fr. 23 De peculio. (XV. 1.)

Aedium autem peculiarium nomine in solidum damni infecti promitti debet, sicut vicarii nomine noxale iudicium in solidum pati, *quia pro pignore eas, si non defendantur, actor abducit vel possidet.*

So verschieden der Inhalt dieser Stelle von der vorigen ist, so enthalten doch beide Anwendungen eines und desselben Prinzips. Auch Pomponius spricht von der Untheilbarkeit des Pfandes und entscheidet ihr gemäss folgende die missio damni infecti betreffende Rechtsfrage. Das schadendrohende Haus befindet sich in dem peculium des Sohnes. Der Vater, hierauf gestützt, weigert sich, sein Eigenthum in solidum zu vertheidigen, und bietet Caution bis zum Betrag des peculium. Damit will sich der Kläger nicht begnügen, er verlangt Sicherstellung für den ganzen Schaden ohne Rücksicht auf die Höhe des Sonderguts. Seine Forderung ist auch ohne Zweifel begründet. Der Vater wird ja nicht durch den Vertrag des Sohnes, sondern durch sein Eigenthum verpflichtet, daher nothwendig in solidum, nicht peculiotenus. So entscheidet denn auch Pomponius. Aber das Motiv, dessen er sich bedient, ist ein ganz anderes. Er erblickt in dem einsturzdrohenden Gebäude ein für den ganzen Schadensersatz haftendes Pfand und rechtfertigt die volle Cautionspflicht durch die Untheilbarkeit desselben. Ueber den Werth dieser Argumentation wollen wir nicht richten; ja wir geben sogar zu, dass sie mehr als eine Blösse darbietet. Darauf kommt es jedoch nicht an. Genug, wenn wir wissen, dass überhaupt so argumentirt wurde; denn dann sind wir auch überzeugt, dass gerade das Bedürfniss einer Entscheidungsnorm für streitige Fälle

die Uebertragung des Pfandbegriffes auf das Gebiet der Missionen herbeiführte.

Was für das einsturzdrohende Gebäude, dasselbe gilt auch für den schuldigen Sklaven, wenn dieser sich als vicarius[1]) in dem Sondergut des Sohnes oder in dem eines servus ordinarius befindet. Auch hier ist es wieder das Eigenthum, und nicht der mit dem peculium verbundene Geschäftsbetrieb, welcher die Ersatzpflicht in sich trägt. Auch hier wird daher in solidum und nicht peculiotenus vertheidigt. Pomponius beruft sich aber auch diessmal auf die Untheilbarkeit des Pfandes, und es ist kein Grund, das entscheidende Wort, abducit mit A. Faber[2]) zu streichen. Dazu genügt weder die nachlässige Redeverbindung, welche wir übrigens nicht in Abrede stellen, noch viel weniger aber die Bemerkung, dass der Eigenthümer doch nicht zugleich Pfandgläubiger sei. Denn wenn er es auch nicht ist, so wird er doch nach den für das Pfandrecht geltenden Regeln beurtheilt.

Wir können das Fragment des Pomponius nicht verlassen, ohne darauf aufmerksam zu machen, dass eine ähnliche Anwendung des Pfandbegriffes auf die Noxädedition in der justinianischen Compilation nicht wiederkehrt. Um so merkwürdiger ist folgende Stelle aus Papinians Definitionen, welche uns in der collatio (II. 3.) erhalten ist.

Per hominem liberum noxæ deditum si tantum adquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere cogendus est a prætore qui noxæ deditum accepit; *sed fiduciæ iudicio non tenetur.*

Freie Menschen können nur in einem Falle Gegenstand der Noxädedition sein, nämlich so lange sie in der Gewalt des Vaters stehen,[3]) niemals wenn sie in gutem Glauben einem dritten als Sklaven dienen.[4]) Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, dass auch Papinian ausschliesslich von dem filiusfamilias spricht. Der Jurist hebt nun zwei Eigenthümlich-

[1]) Vgl. Fr. 17. De pec. (XV. 1.) und Faber, rationalia ad Fr. 23. c.
[2]) Rationalia ad h. fr.
[3]) Fr. 13. 14. 15. De nox. act. § 7. I. de nox. act.
[4]) Fr. 13. § 1. De interr. in iure. (XI. 1.)

keiten der Dedition eines freien Menschen hervor: der Eigenthümer wird zur Manumission des Dedirten angehalten, sobald der Erwerb desselben die Höhe des angerichteten Schadens erreicht; die actio fiduciæ dagegen findet keine Anwendung. Diese beiden Sätze verdanken ihre Entstehung der Uebertragung des Pfandrechtsbegriffs auf die Noxädedition. Der schuldige Sohn haftet dem Beschädigten fortan nur noch als fiducia für die richtige Leistung des Schadensersatzes.[5]) Dabei entsteht aber nun die Frage, wem die Tilgung der Schuld zu gut kommen soll, ob dem Vater, welcher seinen Sohn dedirt, oder dem Sohne selbst? Papinian entscheidet sich für das letztere. Der Vater soll seinen Sohn nicht mit der fiduciæ actio zurückverlangen, obgleich er ihn, wie es die fiducia verlangt, zum Eigenthum dahin gegeben. Der Sohn wird vielmehr von seinem Herrn freigelassen. In diesem Punkt musste die Pfandrechtstheorie dem Geiste der Noxädedition weichen. Der Vater hatte sein Recht ein für allemal völlig weggegeben, zu ihm konnte es nicht wieder zurückkehren. So führte die Anwendung des Pfandbegriffes in dem Rechte der Noxädedition einen völligen Umschwung herbei. Die neue Ansicht fand zunächst ausschliesslich bei der Uebertragung freier Menschen Eingang. Hierauf beschränkt sie Papinian. Später erst ergriff sie die Sklaven und wurde nun ganz allgemein. Aber auch jetzt fand die fiduciæ actio keine Anwendung; der frühere Eigenthümer hatte seinem Rechte für immer entsagt; der Sklave musste wie der Freie von seinem Herrn manumittirt werden. Dieser Rechtszustand wird uns in Justinians Institutionen mit folgenden Worten geschildert:

§ 3. J. de nox. act. (IV. 8.)

Dominus, noxali iudicio servi sui nomine conventus, servum actori noxæ dedendo liberatur. Nec minus perpetuum eius dominium a domino transfertur: si autem damnum ei, cui deditus est, resarcierit quæsita pecunia, auxilio prætoris invito domino manumittetur.

---

[5]) Vgl. unten in dem letzten Abschnitt dieses Bandes § 2. n. 10.

Alle genauern Nachrichten fehlen uns, und so müssen wir denn manche einzelne Frage unbeantwortet lassen. Warum wurde der Freie zuerst als Pfand behandelt? Was veranlasste die Uebertragung desselben Gesichtspunktes auf die Sklaven? Welcher Erwerb des Dedirten wurde in Anschlag gebracht? Ist nur der Betrag des angerichteten Schadens oder die ganze Condemnationssumme, also z. B. der vierfache Werth des gestohlenen Gutes, zu ersetzen? Ueber alles diess schweigen unsere Quellen und Vermuthungen sind ohne Werth. Die Hauptsache aber ist ausser Zweifel: Unter dem Einfluss des Pfandrechtsbegriffs erhielt die Noxaldedition eine völlig geänderte Bedeutung: sie erscheint nicht mehr als ein Ersatz für die Litisästimation, sondern als ein Mittel der Befriedigung für den Beschädigten.

8. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam. In Fr. 35 De reb. auct. iud. (XLII. 5.)

Eum, qui in possessionem missus sit eius, qui reipublicæ causa abfuit, si apparuerit, eum dolo malo reipublicæ causa abesse, iure in possessione esse placet, donec solidum solvatur; eum autem, qui rerum eius, qui sine dolo malo reipublicæ causa abfuit, in possessionem missus sit, *pignus non contrahere* et ideo discedere oportere de possessione.

Wir wissen aus unserer früheren Darstellung,[1]) dass jede Abwesenheit ohne Vertheidigung die Anwendung der missio rei servandæ causa begründete. Gegen diese vermag selbst die völlige Schuldlosigkeit des Beklagten nicht zu schützen. Auch der Kriegsgefangene und der in Staatsgeschäften Abwesende sieht sich der bonorum possessio ausgesetzt; ebenso der Pupill, der Wahnsinnige, der Verschwender. In allen diesen Fällen schien jedoch eine mildere Behandlung gerechtfertigt. Bis zur Hebung des das Hinderniss begründenden Zustandes wurde kein Verkauf zugelassen. Aber noch mehr. Dem in Staatsgeschäften Abwesenden blieb auch nach erfolgter Mission die Rückkehr zur Vertheidigung offen, eine Begünstigung, welcher sich kein an-

[1]) Oben XIII. 3.

derer Schuldner, weder der fraudationis causa latitans noch der absens indefensus zu erfreuen hatte, und die überhaupt mit der Fiction schon erfolgter Condemnation nicht vereinbar war.[2]) Die erste dieser beiden Auszeichnungen ist bereits oben besprochen worden; mit der zweiten steht das abgedruckte Fragment aus Marcian im Zusammenhang. Während nämlich der Pupill und die mit ihm gleichgestellten Personen den Eingewiesenen nur gegen das Angebot gehöriger Vertheidigung zur Räumung des Besitzes nöthigen können,[3]) soll der mit gutem Glauben in Staatsgeschäften Abwesende von aller Defension frei sein, der Arglistige auch zu dieser niemals zugelassen werden. Jener steht also besser als der Pupill, er erhält seinen Besitz ohne alle Leistung zurück; dieser schlechter, er kann nicht schon durch die Uebernahme der Vertheidigung, sondern allein durch die Tilgung der Forderung, die Rückgabe des Besitzes erwirken, nicht anders als jeder andere der bonorum possessio et venditio unterliegende Schuldner. Diess ist der Sinn unseres Fragmentes. Marcian führt seinen Satz auf die Pfandrechtstheorie zurück. Die Redlichkeit des Abwesenden hindert von vornherein die Entstehung eines pignus, der Besitz hat also keine rechtliche Grundlage, er muss folglich ohne weitere Leistung von Seite des Schuldners abgetreten werden. Man sieht, die Berufung auf das pignus dient auch hier wieder zur Ergänzung der Missionstheorie. Das prätorische Edict hatte sich damit begnügt, den Verkauf der Güter eines in Staatsdiensten abwesenden Schuldners für unzulässig zu erklären.[4]) Ueber den Besitz selbst enthielt es keine Bestimmung. Diese Lücke ergänzt Marcian; er erklärt auch den Besitz für unrechtmässig, und folgeweise den Eingewiesenen für verpflichtet, denselben ohne alle Uebernahme der Vertheidigung sofort abzutreten.

Die verschiedene Behandlung des in Staatsgeschäften Abwesenden einerseits und des pupillus so wie der diesem gleich-

[2]) Oben XIII. 14. n. 1.

[3]) Fr. 5. Quib. ex causis.

[4]) Fr. 6. § 1. Quib. ex caus.

gestellten Personen anderseits, verdient die höchste Aufmerksamkeit. Sie wird meist übersehen. Beide Fälle stehen in der Regel friedlich neben einander. Man spricht von einer Anzahl Personen, gegen welche zunächst nur der Besitz, der Verkauf erst nach einer längern Zwischenzeit gestattet werde und unter ihnen erscheint auch der in Staatsgeschäften Abwesende. Diese Darstellung enthält zwei gleich gefährliche Irrthümer. Zuerst ist es unrichtig, dass der Verkauf nur während einer gewissen Zeit unterbleibt; er kann eben so gut auch ganz wegfallen, sobald Defension angeboten wird; denn ein solches Angebot ist hier zulässig, wenn gleich ausgeschlossen in allen Fällen der regelmässigen bonorum possessio et venditio nach einmal erfolgter Immission. Der zweite Irrthum liegt in der Gleichstellung des pupillus mit dem reipublicæ causa absens. Der Letztere ist bald in einer günstigern, bald in einer schlechtern Lage als der Erstere. Der gute Glaube schützt ihn auch gegen den Besitz, die Arglist dagegen stellt ihn dem fraudationis causa latitans an die Seite. In diesem Falle kann nur die volle Befriedigung des Gläubigers die Durchführung der Execution unterbrechen.[5])

[5]) Man findet in der Regel eine völlig verschiedene Behauptung. Auch nach ertheiltem Güterbesitz, heisst es, wird die Rückkehr zur Vertheidigung gestattet, jedoch nur unter Bestellung der satisdatio iudicatum solvi. Die einzige Erschwerung liegt hiernach in der Auferlegung der Caution. Diese Annahme ist mit der Fiction der Verurtheilung, welche der missio rei servandæ causa zu Grunde liegt, unvereinbar. S. oben XIII. 14. n. 1. Sie wird aber auch durch die dafür angeführten Stellen nicht erwiesen. Fr. 33. § 1. De reb. auct. iud. bezieht sich ausschliesslich auf den pupillus, welcher eben nach der im Texte gegebenen Erklärung vor andern Schuldnern bevorzugt ist, und von dem in Fr. 33. pr. c. ausschliesslich gesprochen wird. — Gaius IV. § 102. sagt nur, wer einmal die bonorum possessio erduldet, der müsse in allen andern Rechtssachen stets als suspectus die satisdatio iudicatum solvi leisten. Von der Möglichkeit, durch Vertheidigung mit Caution die einmal verhängte possessio wieder aufzuheben, ist offenbar keine Rede. — Nicht mehr Beweiskraft hat Cicero pro Quinctio c. VIII. Das Einschreiten der Tribunen hatte dem Güterbesitz des Nævius ein Ende gemacht, und als nun achtzehn Monate später derselbe Nævius wieder gegen den Quinctius auftrat, berief er sich auf jene frühere bonorum possessio, um die Satisdationsforderung in dieser neuen Sache zu begründen. Anders Keller, semestrium, l. I. § 3. besonders p. 72. n. 7. p. 75. n. 18.

9. L 2 C. Qui potiores in pignore (VIII. 18.)
Imperator Antoninus a. 212.

Si decreto prætoris, qui de fideicommisso ius dixit, in possessionem fundi hereditarii fideicommissi conditionalis servandi gratia prius inducti estis, quam adversarius vester in causam iudicati eiusdem fundi pignus occupavit, iussu eius, qui iure sententiam exsequebatur, tempore potiores estis. *Nam cum de pignore utraque pars contendit, prævalet iure qui prævenit tempore.*

Unter die wichtigsten Fragen, welche mit Hilfe der Pfandrechtstheorie entschieden werden, gehört die über das Verhältniss der einzelnen Missionen untereinander. Unsere Quellen wiedmen diesem Punkte nur geringe Aufmerksamkeit. Das vorstehende Rescript ist die Grundlage der ganzen Lehre. Der Prätor hatte zuerst die missio legatorum servandorum, später auf den Grund eines Urtheils die missio rei servandæ[1]) ertheilt. Die beiden Eingewiesenen ergriffen den Besitz zu verschiedenen Zeiten, zuerst der Legatar, später der Gläubiger. Welchem von beiden gebührte nun der Vorrang? Zwei Prinzipien standen sich entgegen, das der Privilegien und das der Pfänder. Nach jenem entschied die Natur des Schuldverhältnisses,[2]) nach diesem die Zeitfolge. Der Kaiser sanctionirte das letztere. Mochten die Gläubiger auch noch so grosse Vorzüge vor den Vermächtnissnehmern voraus haben,[3]) über die Rangordnung der Missionen sollte nur allein die Priorität der Zeit entscheiden. Das schien die Analogie des Pfandrechts zu erfordern. Darüber war auch die Jurisprudenz mit der Gesetzgebung einig.

---

[1]) Wenn unsere Stelle bloss von einem Grundstück und nicht von dem ganzen Vermögen spricht, so darf hieraus nicht gefolgert werden, als hätte sich die Einweisung auf jene einzelne Sache beschränkt. Sie erstreckte sich auf das Ganze, aber der Eingewiesene begnügte sich mit der Besetzung des Grundstücks. Ein ähnliches Verhältniss liegt dem Falle der L. 3. C. qui pot. zu Grunde.

[2]) Fr. 32. De reb. auct. iudic. (XLII. 5.) Paulus libro singulari regularum. Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa, et si eiusdem tituli fuerint, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint.

[3]) S. die Stellen der n. 10.

Ulpianus libro LII. ad edictum.

In Fr. 5. § 4. Ut in poss. leg. (XXXVI. 4.)

Postquam rei servandæ causa creditores possidere cæperunt, legatorum servandorum gratia missus in possessionem creditoribus potior non habetur.

Man begreift kaum, wie sich Ulpian veranlasst sehen konnte, einen Satz so nachdrücklich hervorzuheben, an welchem doch eigentlich Niemand zweifelte. Dass der Frühere dem Spätern vorgehe, war ja allgemein anerkannt. Aber diess galt zunächst für das Conventionalpfand und nun entstand die Frage, ob derselbe Grundsatz auch für die Missionen maasgebend sein könne; darüber entschied Ulpian in Uebereinstimmung mit dem Kaiser.

Die Priorität des Legatars machte dem Gläubiger die Durchführung des Güterverkaufs unmöglich. Darin allein äusserte sich ihre Bedeutung.[4]) Diess Hinderniss konnte nun auf zwei Arten beseitigt werden: entweder durch das ausdrückliche Zugeständniss des Verkaufs von Seite des Vermächtnissnehmers oder durch die Befriedigung des vorgehenden Anspruchs. Ueber den ersten Ausweg hatte ein Rescript des Kaisers Titus Antoninus die Bestimmung getroffen, dass der Ueberschuss des Erlöses zur Sicherheit der Legatare deponirt werden müsse.[5]) Der zweite wird in unsern Quellen nicht näher erörtert. Hier kommen also die allgemeinen Bestimmungen zur Anwendung. Der Legatar muss entweder durch die Auszahlung des Vermächtnisses oder durch die Bestellung der Satisdation befriedigt werden.[6]) Die später ermittelte Insolvenz[7]) des Erblassers

---

[4]) Eine ausdrückliche Bestätigung dieses Satzes findet sich nirgends. Es bedarf dieser auch nicht; welche andere Wirkung lässt sich denken? Die custodia selbst lässt keinen Unterschied zu. Schwieriger ist die Frage, ob die Priorität des Gläubigers dem Legatar die Alimentation entzieht, da wo sie ausnahmsweise zugelassen ist? Fr. 14. Ut in poss. Doch scheint dafür kein hinreichender Grund zu sprechen.

[5]) Fr. 5. § 4. Ut legat.

[6]) Fr. 6. § 1. Fr. 13. Ut in poss. Beides kann eben so gut durch die eingewiesenen Gläubiger als durch den Schuldner selbst geschehen. Vgl. Fr. 5. §. 1. Ut in poss.

[7]) Für den Fall notorischer Insolvenz kommt die Bestimmung des Fr. 14. § 1. Ut legat. zur Anwendung. Im Zweifel kann durch einen arbiter ad

nöthigt ihn jedoch zur Rückgabe des Erhaltenen[8]) und nimmt der Satisdation allen Inhalt;[9]) denn nunmehr fallen die Vermächtnisse selbst ganz weg.[10])

Die Prioritätsregel, welche unser Rescript aus der Theorie des Conventionalpfandes auf die Missionen überträgt, hat ohne Zweifel ganz allgemeine Geltung. Sie ist nicht auf das Verhältniss des Gläubigers und Legatars beschränkt. Eine einzige Ausnahme wird hervorgehoben. Die missio legatorum steht der missio ventris stets nach. Hier hat das Prinzip der Privilegien über das der Zeitfolge den Sieg davon getragen. Aber auch hier handelt es sich nicht nur um die Priorität. Der Legatar hat gar keinen Anspruch auf den Besitz, so lange die Schwangerschaft noch unentschieden ist.

Marcianus libro III regularum.

Dum venter in possessione est, nullus legatorum servandorum causa in possessione esse potest.

Die Allgemeinheit dieser Worte berechtigt uns zu der Annahme, dass dem Legatar nicht nur die Einweisung versagt, sondern auch die schon ertheilte wieder entzogen wird. Mit der bonorum possessio contra tabulas, deren Stelle die missio ventris vertritt, ist ja die Anerkennung der im Testament ausgesetzten Legate unverträglich.[11])

---

ineundam quantitatem bonorum geholfen werden. Fr. 1. § 6. Si cui plus. (XXXV. 3.)

8) Vgl. L. 22. § 4. C. de iure delib. (VI. 30.) Uebrigens kann nicht daran gezweifelt werden, dass hier auch die stipulatio: quod amplius legatorum nomine ceperis, quam e lege falcidia capere licebit, zur Anwendung kam. Fr. 1. §§ 11. 12. Si cui plus. (XXXV. 3.)

9) Stipulatio evanescit; sie folgt ganz den Bestimmungen der Legatsklage, welche bei einer insolventen Erbschaft keinen Inhalt hat. Fr. 1. § 4. Ut legat.

10) Fr. 17. De mort. causa donat. (XXXIX. 6.) — — legata ex testamento eius, qui solvendo non fuit, omnimodo inutilia sunt. Fr. 4. § 1. Fr. 6. pr. De separat. (XLII. 6.) L. 1. C. de bon. auct. iud. (VII. 72.)

11) Daher scheint die Consequenz zu verlangen, dass diejenigen Personen, welchen ausnahmsweise die Legate zu leisten sind, auch neben dem venter zur missio legatorum zugelassen werden. Fr. 1. pr. De leg. præst. (XXXVII. 5.) An einer Bestätigung dieser Ausnahme fehlt es aber allerdings.

10. Die zusammengestellten Fragmente zeigen zur Genüge, dass die pfandrechtlichen Grundsätze nur da zur Anwendung gebracht werden, wo die Missionstheorie eine Lücke darbot. Ihre Bedeutung ist also rein suppletorisch. Die eigenthümliche Gestaltung der einzelnen Einweisungen behauptet überall den Vorrang. An eine consequente Durchführung der ganzen Pfandrechtslehre ist nicht zu denken. Zwar finden sich einzelne Beispiele, in welchen auch ein umbildender Einfluss des herüber genommenen Rechtsbegriffs zu Tage liegt: so insbesondere bei der Dedition des Noxal-Sklaven: allein diese können als seltene Ausnahme gar nicht in Betracht gezogen werden. Viel häufiger sind die Fälle, in welchen die nämlichen Juristen die eigenthümlichen Grundsätze der Missionen gegenüber den abweichenden Ergebnissen der Pfandrechtstheorie vertheidigen und gegen jeden Einfluss derselben in Schutz nehmen. Auch diese sollen in dem Folgenden zusammengestellt werden. Ihre Betrachtung hat einen zwiefachen Nutzen. Zunächst weist sie den Pfandrechtsbegriff in seine Schranken zurück; überdiess dient sie dazu, das Bild der Missionen in einzelnen, nicht unwesentlichen Zügen zu vervollkommnen und durch den Gegensatz selbst noch schärfer hervorzuheben.

11. Paulus libro XLVIII ad edictum.

In Fr. 13 Quæ in fraudem creditorum. (XLII. 8.)

Illud constat, eum qui pignus tenet, hac actione non teneri; *suo enim iure et ut pignus, non rei servandæ causa possidet.*

Paulus hebt den sachlichen Charakter der missio rei servandæ gegenüber dem persönlichen des Conventionalpfandes hervor. Die prätorische Einweisung kommt nicht nur dem zu gut, welcher den prætor um Ertheilung derselben angeht, sondern sämmtlichen Gläubigern, welche sich zur Theilnahme melden. Anders das durch Vertrag begründete pignus. Diess sondert den Inhaber von der grossen Masse der Gläubiger aus und sichert ihm Befriedigung aus dem Erlös eines Vermögens-

theiles, zu welchem die übrigen keinen Zutritt haben. Dieser Unterschied äussert seine Wirkung besonders gegenüber der actio pauliana. Der Inhaber eines Conventionalpfandes ist den eingewiesenen Gläubigern niemals zur Mittheilung verpflichtet: der prätorische Besitzer dagegen wird nach dem Ausdruck unserer Quellen stets in partem vocirt.

Die Zulassung sämmtlicher Creditoren zu der ihrem Mitgläubiger ertheilten Mission ist eine Erscheinung, deren Ursprung und Entwicklung noch völlig im Dunkeln liegt. Und doch liefern unsere Quellen auch hierüber einige Andeutungen, welche durch ihre Verbindung einen neuen Blick in die Geschichte des Concurses eröffnen. Der älteste Zustand ist ohne Zweifel der, welchen Theophilus seiner bekannten Schilderung der bonorum possessio et venditio zu Grunde legt. Hier treten die Gläubiger in ihrer Gesammtheit vor den prætor und erbitten für alle die Einweisung in das insolvente Vermögen.

Εἰ συνέβη τινὰ πολλοῖς ἐποφείλειν, εἶτα διαλανθάνειν, καὶ μὴ ἔχειν τὸν δεφενδεύοντα, συνιόντες οἱ κρεδίτωρες προσίεσαν τῷ πραίτωρι, τοῦτο αὐτῷ μεμφόμενοι. καὶ ἐπέτρεπεν αὐτοῖς ὁ πραίτωρ, γενέσθαι ἐν νομῇ τῶν τοῦ δεβίτωρος πραγμάτων. [1])

Man hat die factischen Voraussetzungen, mit welchen Theophilus beginnt, als eine blosse Ausschmückung der folgenden Darstellung, gewissermassen als einen freigewählten Rahmen des zu entwerfenden Bildes, betrachtet, und ihnen alle Genauigkeit abgesprochen. Diess Verfahren lässt sich nicht rechtfertigen. Theophilus folgt einem wohlunterrichteten Gewährsmann. Seine Angaben haben sowohl durch Gaius als durch neuere Forschungen volle Bestätigung erhalten. Sie sind daher auch für die Einleitung des Verfahrens maasgebend.

Das Gesuch um die bonorum possessio wurde also von der Gesammtheit der Gläubiger gestellt und der Gesammtheit bewilligt. Einem einzelnen würde nicht willfahrt worden sein. Der prætor trug Bedenken, das ganze Vermögen Einem von

---

[1]) Si eveniebat, ut quis multis deberet, et postea latitaret, neque defensorem haberet, creditores convenientes prætorem adibant, hoc ei quærentes: permittebatque iis prætor, in bonorum esse possessione debitoris.

vielen zu seiner ausschliesslichen Befriedigung dahin zu gehen. Dem Gläubiger war es andererseits ein Leichtes, seine Mitcreditoren zu einem gemeinsamen Schritte zu bewegen, und ihrem vereinten Gesuche lieh der prætor, nach billiger Berücksichtigung der Verhältnisse, williges Gehör. Dieser Rechtszustand passte jedoch nur zu einem kleinen Gemeinwesen und in beschränkte Verhältnisse. Als Rom Italien unterworfen hatte, konnte die alte Observanz kaum noch aufrecht erhalten werden. Der prætor sah sich jetzt öfters genöthigt, auch einem einzelnen Gläubiger die Einweisung zu ertheilen. Aber wie standen nun die übrigen Creditoren? Sollten sie von dem Vermögen des gemeinschaftlichen Schuldners völlig ausgeschlossen sein, oder doch dem zuerst Eingewiesenen nachstehen? Diese Fragen wurden durch keinerlei gesetzliche Bestimmung beantwortet; auch das prätorische Edict liess sie unberücksichtigt. Ihre Lösung blieb der Jurisprudenz vorbehalten. Schon Labeo versuchte sie. Es ist nicht zu zweifeln, dass die Argumentation, welche uns aus Paulus LIX. Buch zum Edict in Fr. 12 pr. De reb. auct. iud. poss. (XLII. 5.) erhalten ist, dem Haupte der Proculianer angehört:

Cum unus ex creditoribus postulat, in bona debitoris se mitti, quæritur, utrum solum is, qui petit, possidere possit, an, cum unus petit, et prætor permiserit, omnibus creditoribus aditus sit? Et *commodius* dicitur, cum prætor permiserit, non tam personæ solius petentis, quam creditoribus et in rem permissum videri; quod et Labeo putat. Nec videbitur libera persona acquirere alii, quia nec sibi quicquam acquirit, cui prætor permittit hoc, sed aliquid ex ordine facit, et ideo ceteris quoque prodest. Plane si is postulaverit, qui creditor non est, minime dicendum est, vel eum, qui creditor est, possidere posse, quia nihil egit talis postulatio. Aliter atque si creditor, cui permissum est possidere, postea recepit debitum suum;[2]) ceteri enim poterunt peragere bonorum venditionem.

Die Ertheilung der bonorum possessio an einen einzelnen

2) S. hierüber unten § 11. n. 13.

Gläubiger konnte auf doppelte Weise aufgefasst werden. Entweder hatte der prætor ausschliesslich die Person des Petenten im Auge, und dann erwarb diese einen ausschliesslichen Anspruch auf das Vermögen des Schuldners; oder er betrachtete dieselbe nur als das Organ einer Mehrzahl von Personen, die früherhin in Gesammtheit vor ihn zu treten pflegten, jetzt aber an dem Erscheinen gehindert waren. Nach dieser Auffassung ward die bonorum possessio nicht dem einzelnen Postulanten, sondern wie früher der Gesammtheit der Gläubiger zu Theil. Mehrere Umstände empfahlen die zweite Erklärung. Sie entfernte sich am wenigsten von dem frühern Rechtszustande. Alles blieb sich gleich, nur statt mehrerer Petenten Einer für die Gesammtheit. Dazu gesellte sich die Schonung der übrigen Gläubiger, welche man doch unmöglich einem Einzigen zum Opfer bringen konnte. So wurde für die zweite Auffassung entschieden. Der Besitz galt als allen eröffnet; die übrigen Gläubiger bedurften keiner besondern Einweisung; sie standen dem Petenten in allem gleich,[3]) seine Occupation kam auch ihnen zu gut,[4]) eine Rangordnung der Einzelnen unter einander hatte daher nicht statt. Ein einziger Zweifel konnte gegen diesen Entscheid erhoben werden. Er schien den Rechtsgrundsatz, dass eine freie Person der andern Nichts erwerben könne, zu verletzen. Paulus verhehlt sich die Schwierigkeit nicht; findet sie aber nur scheinbar. Und mit gutem Grund. Denn das Recht der Gesammtheit wird nicht durch den Erwerb eines einzelnen Gläubigers, wie etwa das Recht des Vaters durch den Erwerb seines Sohnes vermittelt; es kommt nicht in der Person des Petenten zur Entstehung, wird nicht erst durch diesen den Mitgläubigern erworben, es gehört vielmehr von Hause aus der Gesammtheit der Creditoren, wird ihr ertheilt, ist ihr principaliter und ohne die Vermittelung eines Einzelnen erworben. Was man als Erwerbshandlung missversteht, ist Nichts weiter als ein blosser Antrag,

3) Par conditio omnium creditorum. Fr. 6. § 7. Quæ in fraud. cred. (XLII. 8.)

4) Fr. 5. § 2. Ut in poss.

welcher das Decret des Magistrats veranlasst, eine Förmlichkeit, welche die Eröffnung des Concurses herbeiführt.

Wir können das paulinische Fragment nicht verlassen, ohne zuletzt noch auf zwei Umstände aufmerksam zu machen. Offenbar wird das Gesuch eines einzelnen Gläubigers um Ertheilung des Güterbesitzes selbst jetzt noch als ein Ausnahmefall behandelt, und seine Gewährung von einer vorläufigen causæ cognitio, oder, wie wir uns oben ausdrückten, von der billigen Berücksichtigung der obschwebenden Verhältnisse abhängig gemacht. Der Prätor kann die Bitte gewähren, er kann sie aber auch versagen. Daher trägt der Jurist Sorge, die Gewährung ausdrücklich hervorzuheben;[5]) von selbst würde sie sich nie verstehen. Die Regel ist also immer noch die alte, ursprüngliche, welche Theophilus seiner Darstellung zu Grunde legt: Die Gläubiger treten zusammen, und übergeben dem prætor ein gemeinschaftliches Gesuch um Güterbesitz; nur wo ein solches Zusammenwirken aus irgend einem Grunde nicht erhältlich ist, kommt der Magistrat auch dem Einzelnen zu Hilfe.

Wir haben in der bisherigen Darstellung kein Bedenken getragen, stets von der Gesammtheit der Gläubiger zu sprechen. Wir nahmen an, dass Jeder, der etwas zu fordern hat, dem Gesuche um bonorum possessio beitreten, oder an dem auf das Gesuch eines Einzelnen eröffneten Güterbesitz Theil nehmen konnte. Die Uebersichtlichkeit der Darstellung rechtfertigt die Voraussetzung. Jetzt soll sie noch zum Gegenstand einer besondern Prüfung gemacht werden.

Die missio in possessionem rei servandæ causa war auf gewisse Fälle beschränkt, welche theils der ausdrücklichen Bestimmung des Edicts, theils deren Interpretation und Fortbildung ihr Entstehen verdanken. Nicht jeder Gläubiger konnte die Einweisung verlangen, sondern nur derjenige, welcher eine jener Voraussetzungen in seiner Person erfüllte. So ereignete es sich öfters, dass von einer Mehrzahl von Gläubigern nur

---

5) «et prætor permiserit.»

Einzelne zu der Besitzergreifung zugelassen wurden, während andere sich von derselben ausgeschlossen sahen. Von den drei Fällen des Edicts ist hier besonders die latitatio fraudationis causa hervorzuheben. Der Schuldner kann sich vor dem einen Gläubiger, dessen Härte er fürchtet, versteckt halten, und zu gleicher Zeit mit einem andern täglichen Umgang pflegen. Die Stellung des Letztern ist dann eine ganz andere als die des Erstern. Während jener die Immission erhält, sieht sich dieser von derselben ausgeschlossen, und auf die Durchführung der Klage beschränkt. Dasselbe Verhältniss tritt in denjenigen Fällen ein, welche auf der Interpretation der ersten Edictsklausel beruhen, insbesondere bei der missio ex causa iudicati. Die Nichterfüllung des Urtheils betrifft in der Regel nur *einen* Gläubiger; dieser wird eingewiesen, alle übrigen sehen sich von der Mission ausgeschlossen. Anders bei dem Exil und dem erblosen Versterben. Diese Ereignisse treffen stets und nothwendig die Gesammtheit der Creditoren. Es ist nun ganz natürlich, dass derjenige Gläubiger, welcher für seine Person die Mission nicht erhalten kann, auch in gleicher Weise von der Theilnahme an der auf den Antrag eines Dritten ertheilten Einweisung ausgeschlossen wird. So ergibt sich folgendes Resultat: Das Exil und das erblose Versterben berechtigt die Gesammtheit der Gläubiger zu dem Gesuch um Mission, ebenso zu der Theilnahme an dem einem Einzelnen ertheilten Güterbesitz. Die Latitation dagegen kann möglicherweise auch nur Einzelne berufen, vielleicht blos einen einzigen, wenn der Schuldner sich gegen diesen allein versteckt. Sie eröffnet daher keineswegs einen Concurs sämmtlicher Gläubiger, wie man in der Regel annimmt, sondern nur derjenigen unter ihnen, welche sich in gleicher Lage befinden. Dasselbe gilt von der Nichterfüllung des Urtheils und von den übrigen aus der Interpretation der ersten Edictsklausel abgeleiteten Fällen des Ungehorsams. Nicht alle Gläubiger, sondern nur diejenigen, welche sich über die Contumaz des Schuldners zu beschweren haben, werden zu der Theilnahme an dem Güterbesitz eingeladen. Die Gesammtheit der Gläu-

biger, von der wir oben gesprochen, ist daher in Beziehung auf die zuletzt erwähnten Fälle mit dieser Modifikation zu verstehen: es ist nicht die Gesammtheit aller derer, welche etwas zu fordern haben, sondern die Gesammtheit derer, welche in ihrer Person die Bedingungen der Einweisung erfüllen.[6])

Diese Sätze rechtfertigen sich durch ihre innere Consequenz. Sie werden aber auch durch ausdrückliche Zeugnisse bestätigt. An der Spitze derselben steht wiederum die Darstellung des Theophilus. Hier wird ausdrücklich hervorgehoben, dass die Latitation die Gesammtheit der Gläubiger umfassen muss, um von der Gesammtheit geltend gemacht zu werden. In derselben Weise entscheidet Ulpianus im LIX. Buch seines Edictscommentars:

Fr. 7. § 7. Quib. ex caus. in poss. eat. (XLII. 4.)

Quid si adversus quosdam occultare se consilium non est, adversus quosdam est? quid dicemus? Et rectissime Pomponius scribit: non adversus omnes latitationem exigendam, sed adversus eum, quem quis decipere et fraudare latitatione destinat. Utrum ergo omnes bona eius vendere possunt, qui latitat, hoc est etiam hi, adversus quos non latitat, quia verum est, eum latitare an vero is solus, adversus quem latitat? Et quidem verum est, eum latitare, et fraudationis causa latitare, etsi non adversus me latitet. Sed illud tractandum Pomponius putat, an adversus omnes, eumque solum posse hinc venditionem impetrare, adversus quem latitet.

Der Jurist interpretirt die uns aus der frühern Darstellung bekannten Edictsworte: QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITAT. Er sucht namentlich den Umfang der latitatio genauer zu bestimmen. Dieser gibt zu zwei Fragen Veranlassung. Muss die betrügerische Absicht die Gesammtheit der Gläubiger umfassen,

---

6) Daher ist es unrichtig, wenn Cuiacius in der Erklärung unsers Fr. 13. Quæ in fraud. cred. (opp. t. V. p. 811.) die actio pauliana jedem Gläubiger ohne Unterschied einräumt. Nicht jeder, der Etwas zu fordern hat, sondern der zur Theilnahme an der Mission Berechtigte, kann den Nichteingewiesenen zur Communication alles dessen, was er rei servandæ causa besitzt, nöthigen.

oder begnügt sich das Edict mit der Latitation gegen einen Einzelnen? Pomponius entschied für die letztere Auslegung und Ulpian pflichtete ihm bei. Die zweite Frage ist folgende: Wer kann die gegen einen einzelnen Gläubiger gerichtete Latitation geltend machen, nur der, dem sie zunächst gilt, oder auch jeder andere, gegen welchen sie nicht gerichtet ist? Nach der Gewohnheit der römischen Juristen blickt Ulpian zuerst auf die Fassung der Edictsworte. Lässt es sich mit diesen vereinigen, dass A sein Gesuch um den Güterbesitz auf die gegen B gerichtete Latitation stützt? Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein. Die Edictsworte gestatten diese Auslegung. Denn die Latitation ist auch in einem solchen Falle vorhanden, und mehr verlangt der prætor nicht. Dennoch verwirft Ulpian diese Auslegung und mit ihr das Gesuch des A. Statt aller selbstständigen Argumentation wird auch hiefür Pomponius angeführt. Dieser Jurist, sagt Ulpian, gebe seine Meinung auf zwei Arten zu erkennen, einmal dadurch, dass er die Frage so stelle, ob gegen Alle latitirt werden müsse oder nur gegen den Petenten allein? Dann aber auch unmittelbar durch die Aeusserung, dass nur der, gegen welchen die latitatio gerichtet ist, zu dem Gesuch um Einweisung berechtigt sei.[7]) Die Meinung des Pomponius war in der Praxis allgemein angenommen.

Constat autem, ut ipse eius possit bona vendere, adversus quem latitet.[8])

Diesen Zeugnissen schliesst sich ein sehr merkwürdiges Rescript des Kaisers Antoninus an einen gewissen Sylvanus vom Jahr 215 an.

L. 3. C. qui potiores in pignore.

Quum rempublicam Heliopolitanorum propter emolumentum sententiæ in rerum tam heredis quam hereditariarum possessionem missam esse proponas, intelligis, quamvis pater tuus cum So-

[7]) Durch diese Erklärung des Schlussatzes wird die Aenderung des tractandum in spectandum, wie sie z. B. Augustinus, emend. III. 9. in Otto thes. t. IV. p. 1526. vertheidigt, ganz unnöthig.

[8]) Fr. 7. § 13. D. eod.

siano contraxerit, tamen, si personali actione eum habuit obligatum, præponi rempublicam iure pignoris in his quæ ex auctoritate eius, qui iubere potuit, occupavit.

Sosianus hatte sich zwei Gläubigern verpflichtet, zuerst einem gewissen Sylvanus, dem Vater dessen, an welchen das vorliegende Rescript gerichtet ist; später dem municipium Heliopolis. Dieses beeilte sich, den Erben seines Schuldners zur Zahlung anzuhalten, und erhielt, als er sich weigerte, ein Urtheil, darauf, als auch diess nicht erfüllt wurde, die Einweisung in das gesammte Vermögen, ererbtes sowohl als eigenes. Sylvanus dagegen unterliess alle diese Schritte und hielt sich nun doch für berechtigt, den Heliopolitanern ihren Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem occupirten Vermögen streitig zu machen, und für seine eigene Forderung, kraft ihrer frühern Entstehung, den Vorrang zu behaupten. Der Kaiser entscheidet gegen diesen Anspruch. Den Heliopolitanern, meint er, gebühre kraft ihres prätorischen Pfandrechts der Vorrang vor Sylvanus, einem blossen Chirographargläubiger; die Zeitfolge der Schuldforderung könne hiegegen nicht in Betracht kommen. — Hierin liegt denn doch wohl die bestimmte Anerkennung, dass Sylvanus an der den Heliopolitanern ertheilten Mission keinen Antheil hatte; denn alsdann könnte es nicht heissen, die Stadt gehe kraft ihres Pfandrechts vor. Das Richtige wäre vielmehr: die Stadt müsse ihr Pfandrecht, mithin den Erlös aus demselben, mit Sylvanus theilen. So wird also für die missio iudicati servandi causa derselbe Grundsatz anerkannt, welchen Ulpian nach Pomponius Vorgang bei der missio rei servandæ causa gegen den Latitanten zur Anwendung bringt. Weder in dem einen noch in dem andern Falle wird ein Concurs sämmtlicher Gläubiger eröffnet; vielmehr sind alle diejenigen von der Mission ausgeschlossen, welche nicht in ihrer eigenen Person die Bedingungen der Einweisung erfüllen, also die, gegen welche nicht latitirt wird, eben so jene, welche kein Urtheil geltend machen können.[9])

[9]) Andere Erklärungen finden sich bei Cuiacius opp. t. III. p. 246. t. IX. p. 1211. und Bachov, de pignor. et hypoth. I. 3. § 4.; IV. 7. Jener will

An diess Resultat schliessen sich mehrere Fragen an, welche eben so neu, als schwer zu beantworten sind. Wann muss die Bedingung der Mission vorhanden sein, um die Theilnahme an dem einem Mitgläubiger ertheilten Güterbesitz zu rechtfertigen? Können auch verschiedene Titel mit einander concurriren? Unterliegen auch die an dem Güterbesitz nicht betheiligten Gläubiger den Bestimmungen des edictum fraudatorium? Unsere Quellen schweigen. Aber die entwickelten Grundsätze verlassen uns nicht. Sie führen zu folgenden Consequenzen: der auf den Antrag eines einzelnen Petenten ertheilte Güterbesitz kommt allen denen zu gut, welche zur Zeit des Einweisungsdecrets schon in der Lage waren, auch ihrerseits die Mission verlangen zu können. Ausgeschlossen dagegen werden alle, welche erst später diese Lage herbeiführen. Auf einzelne Beispiele angewendet, lautet dieser Satz so: Die wegen Latitation an den Kalenden des Aprils ertheilte Mission bleibt auf diejenigen Gläubiger beschränkt, gegen welche zu derselben Zeit ebenfalls latitirt wird. Der, gegen welchen die Latitation erst später beginnt, muss um eine neue Mission anhalten und diese begründet ein Pfandrecht zweiten Ranges; denn die Zeitfolge allein kann entscheiden. Dasselbe gilt für die missio iudicati servandi causa. Wer zur Zeit der Immission des A seine Forderung noch gar nicht gerichtlich geltend gemacht hat, der kann in keinem Falle an dem Rechte des A Theil nehmen, er ist auf ein neues Gesuch und auf eine besondere Mission verwiesen und auch diese kann nur ein nachstehendes Pfandrecht begründen. Hiernach sind in dem Beispiele der L. 3. C. qui potiores die Heliopolitaner unter allen Umständen vor der Concurrenz des Sylvanus gesichert; und es ist nicht zu

---

die Pfandpriorität der Heliopolitaner mit Hilfe ihres privilegium exigendi unter Berufung auf Fr. 38. § 1. De reb. auct. iud. erklären. Dieser spricht von einem Universalfideicommiss, ohne dass man darüber klar wird, wozu eine solche Annahme führen soll. Donellus endlich (in dem Commentar zum VIII. Buch des codex) spricht überall von einem pignus in causa iudicati captum; eine Annahme, welche an der grossen Bestimmtheit des Rescripts scheitert. Die Mission in sämmtliches Vermögen, eigenes und ererbtes, kann nicht als pignus in causa iudicati captum aufgefasst werden.

läugnen, dass der ganze Zusammenhang jenes Rescripts diese Entscheidung bestätigt.

Am anschaulichsten wird diese ganze Theorie, wenn wir uns in die Zeit versetzen, in welcher die Mission nur auf das vereinte Gesuch aller Berechtigten ertheilt wurde. Damals konnte Niemand daran zweifeln, dass die Theilnahme an der Mission nur dem zukam, welcher die Bedingungen derselben zur Zeit des Gesammtgesuches schon erfüllte. Diess Princip musste auch später in Kraft bleiben, als die Gesammtheit durch das Organ eines Einzelnen aus ihrer Mitte vor den prætor trat; denn diese Aenderung betraf bloss die Form des Gesuches; das Wesen der Mission, ihre Regeln und Bedingungen blieben nach wie vor dieselben.

Die zweite der zuvor aufgeworfenen Fragen lautete so: Können verschiedene Missionstitel mit einander concurriren? Ein Beispiel wird den Sinn der Frage verdeutlichen: A erhält auf den Grund der Latitation Einweisung in die Güter seines Schuldners. Zu derselben Zeit hat B Anspruch auf die missio rei servandæ causa gegen denselben debitor, der zwar gegen diesen zweiten Gläubiger nicht latitirt, aber dafür das ergangene Urtheil nicht erfüllt. Kann B zu der dem A ertheilten Mission zugelassen werden? Die Consequenz führt zu der Verneinung dieser Frage. Der prætor kann unmöglich durch ein und dasselbe Decret mehrern Titeln Rechnung tragen, und so die Mission aus mehrern Titeln zugleich ertheilen. Eben so kann der Postulant keinen andern Titel vertreten als den, dessen Bedingungen in seiner Person erfüllt sind. Also so viele Missionstitel, so viele Gesuche und Einweisungsdecrete. Ob die Römer bei dieser Consequenz stehen blieben, lässt sich nicht entscheiden. Möglich, dass sie aus Rücksicht auf Zweckmässigkeit über dieselbe weggingen. Hiefür spricht insbesondere die Richtung der spätern Zeit auf die Erweiterung des Missionsverfahrens zu einem Concurse der Gläubiger im heutigen Sinne des Wortes, einem Concurse, welchem alle, denen geschuldet wurde, ohne Ausnahme beitreten konnten. Justinian

vollendete diese Ausdehnung durch die in L. 10. C. de bonis auctoritate iudicis vendendis (VII. 72.) enthaltene Constitution.

Quum apud veteres quæstionem ortam invenimus super pecuniis debitis, pro quibus hypothecæ non sunt constitutæ, propter res ad debitorem pertinentes, dum is severiores creditores formidans sese celaverit, et illi de rebus ad eum pertinentibus competentia ingrediantur iudicia, postulentque in possessionem rerum sese transmitti, *si etiam alii creditores, quibus obnoxius esse videtur, possint quandam habere communionem in rerum possessione?* huiusmodi dubitationem amputantes censemus per presentem divinam generalem constitutionem, ut si non omnes huiusmodi debita prætendentes, sed ex his certi a iudiciali sententia in possessionem rerum mittantur, non solum hi sed etiam alii omnes talia debita prætendentes eadem commoditate potiantur, ut possint cum prioribus rerum detentatoribus communionem habere in rebus, de quibus, sicut superius declaratur, prolata fuerit sententia. Quid enim iustius est, quam omnes, qui ad res debitoris mitti debent, esse participes huiusmodi commoditate?

Hiernach haben alle Gläubiger ohne Ausnahme das Recht, dem auf Antrag eines Einzelnen eröffneten Güterbesitz während zwei, beziehungsweise vier Jahren[10]) beizutreten. Zu ihrer Legitimation wird nichts weiter verlangt als die Existenz der Forderung. Die Bedingungen der Mission brauchen nicht erfüllt zu sein. Es genügt, wenn nur der Antragsteller selbst sein Gesuch auf einen der anerkannten Titel, z. B. auf Latitation oder auf Nichterfüllung des Urtheils stützen kann.[11]) Jetzt erst ist die Mission ein Gemeingut aller Gläubiger; jetzt erst ist derjenige Rechtszustand anerkannt, welchen man bald ausdrücklich, bald stillschweigend schon für die Zeit Ulpians in Anspruch nimmt.[12]) Diese Neuerung war allerdings vorbe-

[10]) L. 10. § 1. C. c.

[11]) Justinian spricht zwar ausschliesslich von dem Falle der Latitation. Aber es ist kein Grund zu entdecken, warum nicht ganz dasselbe auch für die übrigen Anwendungen der missio rei servandæ causa gelten solle.

[12]) So lange die bonorum venditio mit ihrer Universalsuccession in Uebung war, musste allerdings auf Mittel gedacht werden, auch die von der

reitet. Mochten auch die classischen Juristen noch an dem Grundsatz festhalten, dass die Theilnahme an der Einweisung stets auch einen selbstständigen Titel in der Person jedes Einzelnen voraussetze, so machte sich doch in der zunächst folgenden Zeit eine freiere Ansicht geltend. Man überschritt die alten Schranken. Zuerst wurde das Erforderniss der Gleichheit des Titels aufgegeben, später gieng man noch weiter und gestattete auch denjenigen Gläubigern Zutritt zu dem Besitze, welche gar keinen Titel aufzuweisen hatten. Hier begann der Widerstand. Die strengere Ansicht schloss diese ganze Klasse von der Theilnahme an der Mission aus. Justinian entschied für ihre Zulassung. Damit war das Princip des alten Rechts aufgegeben, und ein neues völlig verschiedenes an dessen Stelle gesetzt. Kein Wunder, dass uns der Andeutungen über den frühern Rechtszustand so wenige erhalten sind.

Wir kommen zu der dritten Frage: Unterliegen auch die an dem Güterbesitz nicht betheiligten Gläubiger den Bestimmungen des edictum fraudatorium? Mit andern Worten: kann die einem solchen Gläubiger geleistete Zahlung von den eingewiesenen Mitcreditoren durch die actio pauliana zurückgefordert werden? Auch diesen Fall besprechen die classischen Juristen nicht genauer. Sie gehen in allen hieher gehörigen Stellen [13])

Mission ausgeschlossenen Gläubiger sicher zu stellen; denn ihnen war von jetzt an jede Klage ex ante gesto gegen den Cridar unmöglich. Fr. 25. § 7. Quæ in fraud. cred. (XLII. 8.) Aber worin diese auch bestehen mochten, an dem prätorischen Pfand hatten sie keinen Theil, sie traten den Eingewiesenen gegenüber in die Stellung blosser Chirographargläubiger. Die fraglichen Mittel waren übrigens höchst einfach. Die leges bonorum vendendorum mussten von dem prætor genehmigt werden. (Theophilus pr. I. de succ. subl. III. 12.) Bei ihm fanden die blossen Chirographargläubiger Schutz für ihre Interessen. War das Vermögen gross genug, um die Eingewiesenen ganz zu befriedigen, so wurden für die Handschuldner Procente ausbedungen. Nach der Aufhebung der venditio bonorum und der mit ihr verbundenen Universalsuccession musste der etwaige Ueberschuss dem Schuldner zurückgegeben werden. S. oben XIII. 14. n. 2: nach Justinians Verordnung in L. 10. § 2. C. de bon. auctor. iud. wurde er öffentlich deponirt. Die Chirographargläubiger behielten jetzt in allen Fällen ihre Klage gegen den Schuldner.

13) Fr. 6. § 7. Fr. 10. § 16. Quæ in fraud. cred. (XLII. 8.) Fr. 12. pr. De reb. auct. iud. poss. scheint zu widersprechen. Allein das postea recepit

von der Voraussetzung aus, dass Berechtigung zu dem Güterbesitz und Zahlung in derselben Person zusammentreffen. Den Ausnahmefall, in welchem eine solche Vereinigung nicht eintritt, lassen sie unberücksichtigt. Für das neueste Recht ist diese Lücke ohne Bedeutung, hier kann der Fall selbst nicht mehr eintreten, denn jetzt ist jeder Gläubiger zu der Theilnahme an dem Güterbesitz berechtigt, selbst dann, wenn gegen ihn nicht latitirt wird. Aber für die Theorie der voriustinianischen Zeit stand die Sache anders. Sollte nun damals der Güterbesitz des A jede Zahlung an den B unmöglich gemacht haben? Dieser Entscheid liesse sich in keiner Weise rechtfertigen. Die Hinnahme der Zahlung enthält niemals Arglist,[14]) sie verletzt eben so wenig die Regel der Gleichheit unter den Gläubigern; denn diese ruht auf der Theilnahme an der Mission,[15]) kommt also da nicht zur Geltung, wo die Theilnahme selbst unmöglich ist. Einen andern dritten Grund der Revocation gibt es nicht. So tragen wir kein Bedenken, die Zahlung an B, auch wenn sie erst nach der Mission des A geleistet sein sollte, für giltig und unwiderrufbar zu erklären.

In dem Bisherigen haben wir uns auf die Darstellung der missio rei servandæ causa beschränkt. Von ihr allein spricht Paulus in dem an die Spitze gestellten Fragment. Ganz andere Grundsätze befolgt die Einweisung des Vermächtnissnehmers. Diese ist eine rein persönliche Sicherstellung; sie wird daher stets nur einem einzelnen Petenten ertheilt. Ein dem Concurs der Gläubiger ähnliches Zusammentreten sämmtlicher Betheiligter kommt nicht vor. Hieraus folgt, dass auch jeder Einzelne den Besitz besonders ergreifen muss. Jeder handelt nur für sich, nicht für die Gesammtheit. In diesem Punkte nähert sich die Legatsmission dem Conventionalpfand; beide

debitum suum kann auch auf andere Weise in Erfüllung gehen, als bloss durch Zahlung von Seite des Schuldners: so durch die Leistung eines Dritten, besonders der Bürgen oder durch Pfandverkauf.

14) Fr. 6. § 6. D. eod.

15) Oben zu Anfang dieses Paragraphen.

sind höchst persönliche Rechte. In einem andern tritt dagegen ein wesentlicher Unterschied ein. Unter den einzelnen Legataren findet keine Rangordnung statt. Die Zeit der Besitzergreifung begründet keinen Unterschied. Man hielt stets an der Ansicht fest, dass jeder Legatar eines gleichen Schutzes würdig sei.[16])

Derselben Behandlung unterliegt die missio damni infecti.[17]) Auch diese hielt sich von dem Einfluss der Pfandrechtstheorie ganz frei. Die Gleichstellung der einzelnen Eingewiesenen führte sogar zu dem Satze, dass stets alle zu gleicher Zeit durch das zweite Decret zu Eigenthümern erhoben werden müssten ohne alle Rücksicht auf die Zeitfolge der ersten Besitzergreifung.[18])

Für die übrigen Missionen finden sich keine besondere Entscheidungen. Bei der Dedition des Sklaven bedarf es einer solchen nicht. Die Noxa folgt stets dem Eigenthum, die einmalige Dedition tilgt nicht jede frühere Schuld.[19]) Dagegen finden sich bei den erbrechtlichen Missionen allerdings einzelne Fälle der Concurrenz. Bald hinterlässt der Verstorbene mehrere Wittwen in schwangerem Zustand;[20]) bald umfasst der Streit über Suität und Erbrecht eine Mehrzahl von Kindern.[21]) Der Entscheid kann jedoch auch hier nicht zweifelhaft sein. Sämmtliche Eingewiesene haben gleichen Anspruch auf Schutz. Hiemit ist eine Rangordnung der Einzelnen untereinander unverträglich.

Die zuletzt erörterten Grundsätze haben schon die Glosse zu der Aufstellung einer Regel veranlasst, an welcher auch die folgenden Jahrhunderte festhielten. Sie lautet: die Priorität der Zeit entscheidet, sobald aus verschiedenen Titeln, niemals, wenn aus demselben Titel eingewiesen wird.[22]) Auch hier erwahrt sich der goldene Spruch: in iure civili omnis definitio

16) Fr. 5. §§ 2. 3. Ut in poss. Vgl. Fr. 11. Quib. ex caus.
17) Fr. 15. § 15. De damno inf. (XXXIX. 2.)
18) Fr. 15. § 17. D. eod.
19) Fr. 1. Fr. 2. pr. Si ex nox. causa (II. 9.)
20) Fr. 1. § 16. De ventre. (XXXVII. 9.)
21) Fr. 3. § 8. De carb. ed. (XXXVII. 10.)
22) Glossa zu Fr. 5. § 3. Ut in poss.

periculosa est; denn leicht finden sich Fälle, in welchen das brocardum nicht zutrifft. Ein solcher ist der Streit der Heliopolitaner und des Sylvanus über das Vermögen ihres Gemeinschuldners.[23]) Dem municipium wird kraft seiner Besitzergreifung ein ganz unbedingter Vorrang zugesichert. Diesen würde es auch dann nicht einbüssen, wenn hintenher Sylvanus ein günstiges Urtheil erränge und die Nichterfüllung desselben auch seinerseits zu einer missio iudicati servandi causa benützte. Und doch kann an der Gleichheit des Titels beider Einweisungen nicht gezweifelt werden. Dasselbe kommt auch dann zur Anwendung, wenn gegen zwei Gläubiger zu verschiedenen Zeiten latitirt und dann Beiden zu verschiedenen Zeiten Mission ertheilt wird. Das frühere Pfandrecht hat den Vorrang vor dem spätern. Auch hier entscheidet nicht sowohl die Gleichheit des Titels als vielmehr die Theilnahme an derselben Mission. Die iustinianische Neuerung entfernte diese Fälle. Eine Collision mehrerer missiones rei servandæ causa gehörte jetzt zu den Unmöglichkeiten. Aber auch durch diese Wendung der Gesetzgebung gewinnt jenes brocardum nicht das Mindeste an innerer Wahrheit; nur äusserlich trifft es besser zu.

12. Ulpianus libro LXII ad edictum.

In Fr. 9. § 5. De reb. auct. iud. poss. (XLII. 5.)

Est præterea quæsitum: si deteriora prædia facta fuerint sine dolo malo creditoris, vel iura eorum amissa, vel ædificia diruta vel exusta, item familiæ pecorumque acta cura non sit, aut possessio alii tradita, sine dolo tamen malo, an teneatur? Et apparet, eum non teneri, quia dolo malo caret, *eritque melior eius conditio, quam in pignore creditoris*, qui non tantum dolum malum verum culpam quoque debet. Eadem causa est curatoris bonorum; nam et is tenetur ut creditores.

Die Hingabe des Faustpfandes begründet ein zweiseitiges obligatorisches Verhältniss. Der Empfänger ist nach getilgter

23) L. 3. C. qui pot.

Forderung [1]) zur Rückgabe der Sache sammt ihrem Gewinn,[2]) nach stattgehabtem Verkauf dagegen zur Herausgabe des etwaigen Ueberschusses,[3]) in allen Fällen zum Ersatz jeder Verschlechterung verpflichtet.[4]) Der Schuldner seinerseits haftet dem Gläubiger für alle auf das Pfand gemachten nothwendigen Verwendungen.[5]) Die Durchführung dieser Ansprüche wird durch zwei besondere Klagen vermittelt. Dem Schuldner steht die actio pignoraticia directa, dem Gläubiger die pignoraticia contraria zu Gebote.

Aehnliche Verhältnisse finden sich bei den Missionen. Mit der Befriedigung geht das Besitzrecht des Eingewiesenen zu Ende. Nach durchgeführtem Güterverkauf kann sich ein Ueberschuss ergeben. Vielleicht hat auch der Gläubiger den Besitz verschlechtert oder umgekehrt auf seine Kosten gebessert. Auf welche Weise war für die Geltendmachung dieser Ansprüche gesorgt? Die Versuchung lag sehr nahe, die beiden dem Conventionalpfand angehörigen Rechtsmittel auf das pignus prætorium zu übertragen. Ja, wenn wir mitten in dem Titel de pignoraticia actione vel contra einer Erwähnung des prätorischen Pfandes begegnen,[6]) so möchte man beinahe glauben, dass es wirklich geschehen. Und doch wurde zur Zeit der classischen Juristen an eine solche Verbindung nicht gedacht. Die Verschiedenheit beider Fälle war zu gross. Zwei Umstände hauptsächlich konnten nicht übersehen werden: die Uebertragung des Besitzes, wie sie der Pfandvertrag erforderte,[7]) war der Mission gänzlich fremd; an die Stelle der Possession trat blosse Detention; der Eingewiesene hatte nichts weiter als das Recht der Aufsicht und Ueberwachung: custodia et observatio.[8]) Ueber-

[1]) Fr. 9. §§ 3—5. Fr. 33. Fr. 40. § 2. De pign. act. (XIII. 7.) L. 11. 12. C. eod. (IV. 24.)

[2]) Fr. 22. § 2. D. eod. L. 1. 2. 3. 12. C. eod.

[3]) Fr. 6. § 1. Fr. 7. Fr. 24. § 2. Fr. 42. D. eod.

[4]) Fr. 24. § 3. D. eod. L. 3. 7. C. eod.

[5]) Fr. 8. pr. Fr. 22. § 4. Fr. 25. D. eod. L. 7. C. eod.

[6]) Fr. 26. De pign. act.

[7]) Fr. 35. § 1. D. eod.

[8]) Fr. 9. § 1. Fr. 14. pr. § 1. Quib. ex caus. Fr. 5. § 1. Ut legat. Fr. 5. pr. Ut in poss.

diess aber fehlte der Mission der Character eines wahren Vertrags; die Occupation der Güter geschah nicht in Folge einer Partheiübereinkunft, sondern kraft prätorischen Befehles und geradezu gegen den Willen des Eigenthümers.[9]) Wie konnte man hier einen Pfandcontract annehmen? So musste nothwendig auf dem Wege der Gesetzgebung geholfen werden. Der prætor kam dem Bedürfnisse durch die Aufstellung einzelner in factum actiones zu Hilfe. Der hierauf bezügliche Edictsabschnitt lautet folgendermaassen:[10])

SI QUIS, QUUM IN POSSESSIONE BONORUM ESSET, QUOD EO NOMINE FRUCTUS CEPERIT,[11]) EI AD QUEM EA RES PERTINET[12]) NON RESTITUET, SIVE QUOD IMPENSÆ SINE DOLO MALO FECERIT,[13]) EI NON PRÆSTABITUR, SIVE DOLO MALO EIUS DETERIOR CAUSA POSSESSIONIS FACTA ESSE DICETUR,[14]) DE EA RE IUDICIUM IN FACTUM DABO.

Drei Fälle sind hier bedacht und drei Klagen aufgestellt, zwei für den Schuldner, welcher den Fruchtertrag zurückfordert,[15]) oder für die Verschlechterung des Besitzes Ersatz verlangt, eine für den Gläubiger auf Erstattung der von ihm gemachten Verwendungen. Jene vertreten die Stelle der pignoraticia directa, diese die pignoraticia contraria. Aber die Theorie beider ist nicht dieselbe. Der Eingewiesene befindet sich in einer günstigern Stellung als der Pfandgläubiger.[16]) Er haftet nicht für jede Verschlechterung des Besitzes, sondern nur für die absichtlich herbeigeführte. Das Edict verlangt ausdrücklich

9) Vgl. Fr. 44. § 1. am Ende. De damno inf.

10) Ulpian libro LXII ad edictum in F. 9. pr. De reb. auct. iud.

11) Die Interpretation dieser Worte ist enthalten in Fr. 9. § 1. Fr. 14. § 1. — Fr. 9. § 6. D. eod.

12) Interpretation: Fr. 9. § 2. § 5. am Ende. D. eod.

13) Interpretation: Fr. 9. § 2. § 3. am Ende. § 4. D. eod.

14) Interpretation: Fr. 9. §§. 5. 8. D. eod.

15) Denn der Bezug desselben ist ihm durch das prätorische Edict besonders auferlegt. Fr. 8. §§ 1—4. De reb. auct. iud. Eine ähnliche Verpflichtung enthält Fr. 7. § 19. D. eod.

16) Ueber die Verpflichtung desselben Fr. 13. § 1. De pign. act. Fr. 18. pr. Commod. (XIII. 6.) L. 5. 8. C. de pign. act. — L. 6. 9. C. eod. — L. 19. C. de pign. et hyp.

dolus malus. Auf diese Worte bezieht sich das oben an die Spitze gestellte Fragment. Ulpian erzählt uns, man habe die Frage aufgeworfen, ob eine bloss culpose Verschlechterung keine Ersatzpflicht begründe, und ob denn der Eingewiesene besser stehen soll als der Pfandgläubiger? Darüber, fährt er fort, ist ein Zweifel unmöglich, denn die Edictsworte sind ganz klar. *Apparet*, eum non teneri, quia dolo malo caret. Weiter geht der Jurist nicht, er erspart sich die Frage, welchen Grund die Edictsbestimmung selbst habe? Aber auch dieser liegt auf der Hand. Der Gläubiger, welcher den Pfandbesitz nicht in Folge freier Uebereinkunft, sondern aus Nothwendigkeit und als Surrogat eines anderweitigen Rechtes erwirbt, hat keinerlei Sorgfalt auf sich genommen, der Eigenthümer keinerlei Anspruch auf Leistung derselben erworben. Denn die Prästation der culpa ist stets eine contractliche, wenn auch nur stillschweigend übernommene Verpflichtung. Wo daher kein Contract vorliegt, da bleibt nur der dolus, den das Recht unter allen Verhältnissen verwirft, und der Privatübereinkunft ganz entzieht.

Derselbe Gesichtspunkt leitete den prætor bei der Bestimmung derjenigen Auslagen, für welche dem eingewiesenen Gläubiger Ersatz zu leisten ist. Auch hier genügt es, wenn ohne betrügerische Absicht verausgabt wurde,[17]) während der Pfandgläubiger schon für culpose Auslagen keinen Ersatz ansprechen kann.[18]) Darin stimmen dagegen beide Fälle überein, dass das Rückforderungsrecht nie von dem Erfolg der einzelnen Verwendungen abhängt,[19]) und dass alle nicht nothwendigen Ausgaben auf ein dem Eigenthümer nicht allzudrückendes Maas zurückgeführt werden.[20]) Zuletzt wird auch

---

17) Fr. 9. § 2, De reb. auct. iud.

18) Fr. 23. § 4. De pign. act.

19) Fr. 8. pr. De pign. act. Fr. 9. § 2. De reb. auct. iud.

20) Fr. 25. De pign. act. Man darf sich hier durch den Ausdruck: artificia *necessaria* nicht zu der Annahme verleiten lassen, als handle das Fragment von impensæ necessariæ; vielmehr gehören alle artificia necessaria zu den impensæ utiles. — Für das prätorische Pfand haben wir kein ausdrückliches Zeugniss. Nichts desto weniger muss auch hier der Grundsatz

bei der actio in factum auf Herausgabe des Fruchtbetrags nur allein dolus, niemals blosse culpa berücksichtigt,[21]) obwohl der prætor in dem angeführten Edictsabschnitt die culpa hier nicht bestimmt ausschliesst.

Der mitgetheilte Edictsabschnitt sorgte nicht für alle Fälle, welche bei dem Faustpfande die Anwendung der actio pignoraticia begründeten. Weder die Rückforderung der Pfandsache selbst noch die eines etwaigen Ueberschusses fand Berücksichtigung. Auf welche Art wurde hier geholfen? Es scheint, als lasse sich auser der actio pignoraticia kein Auskunftsmittel denken. Und doch stehen dieser Annahme wiederum die oben genannten Hindernisse im Wege. Auch findet sich in unsern Quellen keine Spur ihrer Anwendung. Der Magistrat half auf andere Weise. Der befriedigte Gläubiger wurde nämlich durch prätorischen Befehl ausgewiesen.[22]) Ueberdiess konnte die rei vindicatio zur Anwendung kommen.[23]) Schwieriger ist die Bestimmung des Rechtsmittels, mit welchem der etwaige Ueberschuss aus dem Erlös zurückgefordert werden musste. Die Quellen verlassen uns hier gänzlich. Und doch ist die Verpflichtung zur Rückgabe nicht im mindesten zweifelhaft.[24]) Für das iustinianische Recht hat diese Lücke weniger Bedeutung. Nach einer ausdrücklichen Bestimmung des Kaisers wird der Ueberschuss des Erlöses zur Befriedigung der erst später auftretenden Gläubiger öffentlich deponirt.[25]) Der früheren Zeit dagegen war diese Vorsichtsmaasregel unbekannt. Damals wurde wahrscheinlich durch unmittelbares Einschreiten des prætor gesorgt. Der curator des Güterver-

---

zur Anwendung kommen: honestus modus servandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda. Fr. 39. § 4. Fr. 40. pr. De damno inf.

21) Fr. 8. § 3. De reb. auct. iud.

22) Fr. 5. pr. § 1. am Ende. § 2. Quib. ex caus. Fr. 33. § 1. De reb. auct. iud. — Eben so bei der missio legatorum: Fr. 11. Ut legat. Fr. 6. § 1. Ut in poss.

23) Denn diese verlangt von Seite des Beklagten keinen Besitz. Fr. 9. De rei vind. (VI. 1.) und dazu Fr. 35. De reb. auct. iud.

24) Fr. 7. § 11. Quib. ex caus. Fr. 6. pr. De reb. auct. iud. Vgl. Fr. 45. § 12. De iure fisci. (XLIX. 14.)

25) L. 10. § 2. C. de bon. auct. iud. (VII. 72.)

kaufs stand unter der Aufsicht des Magistrats, der ihn bestellt hatte.[26]) Unter seinen Augen wurde die Liquidation besorgt. Was war natürlicher, als dass auch von ihm der Befehl zur Rückgabe des Ueberschusses erwirkt werden musste? Auf diese Weise lässt sich der Mangel einer Klage wohl allein erklären, und der Zusammenhang zwischen dem frühern Recht und der iustinianischen Bestimmung auf die wahrscheinlichste Weise herstellen.

Hiermit sind noch nicht alle Schwierigkeiten gehoben. Die drei in factum actiones beziehen sich ausschliesslich auf die missio rei servandæ causa. Für die übrigen Einweisungen finden sich im Edict keine ähnlichen Rechtsmittel. Der missus ist hier in der Regel auf Retention beschränkt. Nur ausnahmsweise wird ihm eine in factum actio zugesichert. Mit einer solchen fordert der Besitzer des baufälligen Gebäudes Ersatz für seine Verwendungen in demselben Umfang wie der Gläubiger,[27]) und diess so oft er es unterliess, auch für die impensæ Caution zu verlangen.[28]) Eine andere wird dem Eigenthümer selbst eingeräumt, so oft dem Eingewiesenen eine absichtliche Verschlechterung des Besitzes zur Last fällt. Auch hierin ist das Vorbild der actio in factum gegen den Gläubiger nicht zu verkennen. Wie dieser, so wird auch der bedrohte Nachbar nur allein für Arglist verantwortlich gemacht. Doch versuchten hier einzelne Juristen, die Analogie der actio pignoraticia durchzuführen. Sie erklärten demnach jede Nachlässigkeit des Eingewiesenen für einen selbstständigen Verpflichtungsgrund. Ulpian verwarf diese Annahme.

Ulpianus libro LIII ad edictum.

---

26) Fr. 2. pr. De cur. bon. (XLII. 7.)

27) Fr. 15. § 34. De damno inf. — — Potest autem et in factum actione recipere hoc, quod impendit, sed non amplius, quam quod boni viri arbitratu factum sit. Idem est, et si alius iussu rogatuve meo eorum quid sine dolo malo fecerit, et eo nomine condemnatus sim aut dederim sine dolo malo.

28) Fr. 15. §§ 31. 34. D. eod. Fr. 28. D. eod. spricht nicht von Verwendungen auf das Nachbargebäude, sondern auf das eigene. Diese sind ein Theil des Schadens, für welchen Sicherheit geleistet wurde und fallen daher in den Umfang der stipulatio damni infecti, nicht in den der cautio de impensis.

In Fr. 15. § 30. De damno inf. (XXXIX. 2.)

Si quis damni infecti in possessionem missus sit, fulcire eum et reficere insulam debere, sunt qui putent, *eumque culpam præstare exemplo eius, qui pignori accepit.* Sed alio iure utimur. Quum enim ob hoc tantum missus sit, ut vice cautionis in possessione sit, nil ei imputari, si non refecerit.

Der Grund, auf welchen der Jurist seine Meinung stützt, fällt mit dem bei der missio rei servandæ causa entwickelten[29]) zusammen. Die Einweisung dient als Surrogat eines anderweitigen Anspruches, sie auferlegt daher keine Pflichten, sondern gibt bloss Rechte.[30]) Hierin bildet sie den geraden Gegensatz des Pfandvertrages, durch welchen der Gläubiger die Verpflichtung zur Fleissaufwendung mit übernimmt. Dem missus muss daher jede blosse Nachlässigkeit nachgesehen werden. Er kann die Grundstücke verderben, die Häuser einstürzen, die Sklaven verhungern, den Hausrath stehlen lassen: sobald die dolose Absicht fehlt, ist er zu keinem Ersatz verpflichtet. Diese Bestimmung gilt für alle Einweisungen.

Weitere in factum actiones werden keine erwähnt. Insbesondere sind dieselben den Missionen zum Schutz des Vermächtnissnehmers und der Erben völlig unbekannt. Der Vermächtnissnehmer ist auf die Retention der Erbschaft beschränkt,[31]) sein Gegner kann durch den Mitbesitz allen Verschlechterungen vorbeugen.[32]) Die schwangere Frau muss einen curator bonis erbeten, und dieser haftet den Gläubigern oder den Erben für seine ganze Verwaltung.[33]) Der Unmündige endlich leistet Sicherheit oder besitzt in Verbindung mit seinem Gegner, zuweilen unter Uebertragung der Verwaltung auf einen curator.[34]) Ueberdiess wird die definitive Entscheidung des Erbschaftspro-

---

29) S. oben in der Mitte dieses §.

30) Vgl. Fr. 9. § 6. De reb. auct iud: voluntarium et suum potius negotium creditor gerit.

31) Fr. 5. §§ 1. 26. Ut in poss.

32) Fr. 5. pr. Ut in poss.

33) Fr. 1. § 17. De ventre.

34) Fr. 5. De carb. ed.

cesses auch auf die Verschlechterung der Masse, so wie auf die von Seite des Besitzers gemachten Verwendungen nach den für die hereditatis petitio geltenden Regeln Rücksicht nehmen.

Auf diese Weise war ohne besondere Klagen den verschiedensten Interessen Rechnung getragen. Erst durch die Einführung der missio antoniniana wurde ein neues Rechtsmittel unabweisliches Bedürfniss. Der Erbe konnte sich durch den Fruchtgenuss Befriedigung verschaffen. Wie nun, wenn er über den Betrag seiner Forderung gezogen hatte? Hier half man sich durch die Geltendmachung einer pignoraticia utilis.[35]) So war der Pfandrechtsbegriff zuletzt noch in einem einzelnen Falle zu practischer Bedeutung gelangt. Die Einräumung der Selbstbefriedigung hatte die antoninianische Mission dem pignus genähert. Den übrigen Einweisungen blieb dieser Gesichtspunkt gänzlich fremd, auf sie wurde daher jenes Rechtsmittel niemals übertragen.

13. Ulpianus libro III disputationum.

In Fr. 26. § 1. De pignoraticia actione. (XIII. 7.)

Sciendum est, ubi iussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem.

Das Pfandrecht bestand ursprünglich in einer blossen Klage, die Klage aber ruhte auf dem Vertrag der Partheien; das pignus war daher von dem Besitz der verpfändeten Sache gänzlich unabhängig. Später trat zu der Pfandklage das Verkaufsrecht hinzu. Die nächste Folge war, dass man nun von einem pignus als ius in re sprach, und das Pfand*recht* von der Pfand*klage* unterschied, jenes als eine an der Sache selbst zustehende Befugniss, diese als das blosse Mittel der gerichtlichen Geltendmachung, wie die rei vindicatio beim Eigenthum, behandelte. Die Unabhängigkeit von dem Besitze blieb aber nach wie vor dieselbe. Denn der Gläubiger wurde nicht zur Tradition der Sache, sondern einzig und allein zur Cession der Pfandklage angehalten. [1]) Er konnte also sein Pfandrecht ausüben, ohne

[35]) Fr. 5. § 21. Ut in poss. Oben § 2. n. 3.

[1]) Unten in dem Abschnitt über die mit der Ausübung der Verkaufsbefugniss verbundenen Rechtsverhältnisse § 1.

die verpfändete Sache auch nur einen Augenblick besessen zu haben.

Ganz andere Verhältnisse zeigt die Mission. Der Zweck der Einweisung ist die Uebertragung der custodia. Diese setzt Besitzergreifung voraus, und ist von der Detention selbst unzertrennlich. Die Herrschaft über die Substanz der Sache bildet also das wahre Wesen der Mission, während die Unabhängigkeit von derselben das pignus auszeichnet.

Diese Gegensätze geriethen in Collision, als man den Begriff des Pfandrechts auf das Gebiet der Mission hinüberzog. Sollte nun das prätorische pignus von dem Besitz der Sache eben so unabhängig werden, als es das Conventionalpfand von Alters her war? Sollte der prätorische Befehl, nicht die wirkliche Occupation entscheiden? Auch in diesem Punkte trug die Natur der Mission den Sieg über den Pfandrechtsbegriff davon. Ulpian lässt das prätorische Pfand erst mit der wirklichen Besitznahme entstehen und mit seinem Zeugniss stimmen andere Stellen überein. Das prätorische Decret als solches hat keine Bedeutung.

14. L. 2. C. de prætorio pignore. (VIII. 22.)

Imp. Iustinianus A. Iuliano præfecto prætorio a. 530.

Veteris iuris dubitationem decidentes ad duplum genus hypothecarum respeximus, unum quidem, quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur, aliud, quod a iudicibus datur et prætorium nuncupatur. Et quum invenimus, in conventionalibus pignoribus vel hypothecis non solum tenentem creditorem adiuvari, sed etiam, si ab ea possessione cadat, sive sua culpa, sive non, sive fortuito casu humanius esse perspeximus, et in prætorio pignore dare recuperationem creditori, quocunque modo possessionem amittat, sive culpa sua sive non sive fortuito casu. Licet enim debuerat incumbere suo pignori, ne aliquam patiatur iacturam, tamen, ne quid amarum in creditoribus consequatur, benignius causam interpretamur, et ei recuperationem donamus.

Im genauesten Zusammenhange mit der zuvor behandelten

Frage steht die Uebertragung der hypothecarischen Klage auf die Mission. Wenn wir aus dem ulpianischen Fragment ersehen, dass das prätorische Pfand rücksichtlich seines Anfangs an die Besitznahme gebunden ist, so bezeugt uns nun Justinian, dass dieselbe Abhängigkeit von der Detention auch späterhin fortdauert. Der Eingewiesene behält sein Pfandrecht nur so lange, als er die Sache in Händen hat. Geht sie ihm verloren, so hört auch sein Recht auf. An einer Klage zur Wiederherstellung des frühern Verhältnisses fehlt es gänzlich. Der Begriff des Pfandrechts vermochte nicht, diese Abhängigkeit von der Detention zu entfernen. So wenig als diess in Betreff des Anfangspunktes gelungen war, so wenig drang es jetzt für die spätere Fortsetzung des Rechtes durch. An Versuchen fehlte es freilich nicht; es gab eine Klasse von Juristen, welche dem Eingewiesenen die in rem actio des Pfandgläubigers zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzes einräumen wollte. Aber es bedurfte eines ausdrücklichen Gesetzes, um dieser Meinung die Oberhand zu verschaffen. An Rechtsgründen gebrach es ihr gänzlich. Der Inhalt der justinianischen Constitution liefert hiefür den besten Beweis. Wodurch rechtfertigt der Kaiser seine Neuerung? Er wünscht auch in Betreff der Klage die Symmetrie zwischen den beiden grossen Klassen des Pfandrechts herzustellen. Hierauf reducirt sich seine ganze Argumentation.

Je äusserlicher diese Begründung ist, um so mehr empfiehlt sich die Annahme, dass das iustinianische Gesetz nicht alle Anwendungen des prätorischen Pfandes umfasst, sondern auf die missio rei servandæ causa beschränkt ist. Nur den Gläubigern, nicht auch den Legataren oder den übrigen Eingewiesenen soll geholfen werden.[1]) Diesen war die Hilfe auch nicht so nothwendig. Die Vermächtnissnehmer hatten ein stillschweigendes Pfand an der ganzen Erbschaft, überdiess für die Gegenstände des Legats eine rei vindicatio. Dem carbonianischen Erbschaftsbesitzer standen die possessorischen Klagen, d. h. das

[1]) — — humanius esse perspeximus, et in prætorio pignore dare recuperationem *creditori*.

Interdict quorum bonorum und die hereditatis petitio possessoria zu Gebote. Dem venter war wenigstens die Aussicht auf dieselben Rechtsmittel eröffnet. Der schuldige Sklave gieng geradezu in das bonitarische Eigenthum des Empfängers über, das Gebäude wenigstens nach dem zweiten Decret.

Die Abhängigkeit des prätorischen Pfandes von dem Sachbesitz zeigte sich auch in Bezug auf die zu dem Vermögen der Schuldners gehörenden Forderungen. Diese eigneten sich nicht zu der Detention des Gläubigers, auf sie konnte sich daher das Pfandrecht des Eingewiesenen nicht erstrecken. Justinian führte auch in diesem Punkte die Gleichstellung des prätorischen Pfandes mit dem conventionellen durch: nicht so, als sollte von nun an jede Mission nothwendig sämmtliche Forderungen des Schuldners in das Pfandrecht des Gläubigers bringen, sondern so, dass es einer hierauf gerichteten ausdrücklichen Erklärung des Richters bedurfte.[2])

Die Wirkung dieses Pfandrechts war der Vorzug der eingewiesenen vor den nicht eingewiesenen Gläubigern. Dieser hatte sich bisher auf den Erlös aus den wirklich besessenen körperlichen Gegenständen der Masse beschränkt, denn nur diese traten in den Pfandnexus; auf den Betrag der Forderungen hatten sämmtliche Gläubiger, auch die nicht eingewiesenen, gleichen Anspruch; jetzt mussten auch die Forderungen vorzugsweise zur Befriedigung der Eingewiesenen verwendet werden; denn das Pfandrecht ergriff jetzt auch sie.

Die practische Wichtigkeit dieser Neuerung verlor viel von ihrer Bedeutung, seitdem Justinian in der mehrfach erwähnten L. 10. C. de reb. auct. iud. poss. sämmtlichen Gläubigern den Zutritt zu der Mission während einer gewissen Zeit gestattete. Das Pfandrecht wurde zwar dadurch nicht aufgehoben; aber an diesem Pfandrecht nahmen nun alle Theil, welche die festgesetzte Frist der Anmeldung beobachteten.

Die Ueberschrift des Codextitels, welcher die beiden zu-

---

[2]) Hoc eis licere decernere. L. 1. C. de præt. pign. et ut in actionibus debitorum missio prætorii pignoris procedat. (VIII. 22.) Imp. Iustinianus A. Mennæ Pr. Pr. a. 529.

letzt behandelten Gesetze umfasst, bedient sich des Ausdrucks: *missio prætorii pignoris.* Offenbar enthält dieser Zusatz prætorii pignoris eine Beschränkung: nicht jede Mission ist der Gegenstand des fraglichen Titels, sondern nur die missio prætorii pignoris, d. h. die mit dem prätorischen Pfand verbundene Mission. Welche wird darunter verstanden? Der Inhalt der beiden Gesetze lässt keinen Zweifel. Justinian spricht ausschliesslich von der missio rei servandæ causa. So ergibt sich eine doppelte Bedeutung von prætorium pignus. Die weitere umfasst sämmtliche Missionen, welche wir in unserer früheren Darstellung zusammenstellten. Die engere beschränkt den Begriff auf die Einweisung der Gläubiger. Diese Aenderung des Sprachgebrauchs verdient darum besondere Hervorhebung, weil sie die letzte Stufe in der Entwicklung des prätorischen Pfandes bezeichnet. Unter dem Einfluss des Pfandbegriffs wurde eine Umgestaltung der einzelnen Missionen versucht. Aber nirgends gelang dieselbe so vollkommen als bei der missio rei servandæ causa. Hier fanden sich seit Justinians Gesetzgebung die beiden wesentlichen Rechte des Pfandgläubigers, die hypothecarische Klage und das Verkaufsrecht, vereinigt. Hier musste daher die Pfandbezeichnung besonders gerechtfertigt erscheinen.

Wir haben im Laufe der letzten Darstellung eine Behauptung aufgestellt, welche jetzt zum Gegenstand einer nähern Erörterung gemacht werden muss. Der Eingewiesene, wurde angenommen, hatte vor Justinian kein Rechtsmittel, den verlornen Besitz wieder zu gewinnen. Dieser Satz ist aber keineswegs so ganz ausser Zweifel. Der prætor schützte nämlich die Mission durch ein besonderes Interdict und durch eine entsprechende in factum actio, deren Theorie in dem Pandectentitel: ne vis fiat ei qui in possessionem missus est (XLIII. 4.) dargestellt wird. Die Edictsworte lauten folgendermaassen:[3])

SI QUIS DOLO MALO[4]) FECERIT QUO MINUS QUIS

[3]) Ulpianus libro LXXIII ad edictum in Fr. 1. pr. t. c.

[4]) Im Widerspruch mit dieser Bestimmung heisst es in Fr. 1. § 2. D. cod. habent ex hoc edicto in factum actionem sive doli si aliter prohibuerint, woraus man denn sive dolo sive aliter gemacht hat. Damit stimmen die

PERMISSU MEO EIUSVE CUIUS DE EA RE IURISDICTIO FUERIT IN POSSESSIONE BONORUM SIT IN EUM IN FACTUM IUDICIUM QUANTI EA RES FUIT OBQUAM IN POSSESSIONEM MISSUS ERIT DABO.

Die Frage ist nun, ob nur allein der erste Erwerb der Detention, oder ob ebenso auch der spätere Wiedererwerb derselben gesichert ist. Die Glosse,[5]) und mit ihr manche Schriftsteller,[6]) geben dem Interdict die grösste Ausdehnung; ja sie zählen es zu der Klasse der interdicta duplicia, tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis. Ist diese Behauptung richtig, so fehlte es dem Eingewiesenen nicht an einem Rechtsmittel, den verlornen Besitz wieder zu gewinnen. Unsere Annahme ist alsdann offenbar unbegründet.

Am sichersten wird uns die Auslegung des Edicts selbst leiten. Der prætor verlangt von dem Eingewiesenen den Beweis, dass ihn sein Gegner in doloser Absicht daran hinderte, «quo minus in possessione bonorum sit.» Halten wir nun diess Erforderniss mit den einzelnen Fällen der Behinderung zusammen. Wird dem Eingewiesenen die erste Apprehension unmöglich gemacht, so ist das Edict ohne Zweifel anwendbar. Ebenso, wenn der missus vorerst zugelassen, hintenher aber aus dem Besitz vertrieben wird: denn auch in diesem Falle ist der dolus malus, quo minus in possessione bonorum sit, erwiesen. Wie aber nun, wenn der Eingewiesene nicht in Folge einer fremden Gewaltthat, sondern auf andere Weise, z. B. durch eigene Nachlässigkeit, den Besitz verlor, und nun an der Wiedererlangung desselben gehindert wird? Die Edictsworte passen auf diesen Fall nicht; denn die Unmöglichkeit des in possessione esse ist hier nicht durch den Widerstand des Gegners, sondern durch die eigene Nachlässigkeit des

---

Basiliken (Meermann thes. V. p. 95.) überein: εἴτε δόλῳ εἴτε ἄλλως κωλυθῶσιν. Eine grosse Anzahl von Handschriften liest indess, und offenbar richtig: sive dominus sive alter prohibuerit. Siehe die Gebauer'sche Note in der Gebauer-Spangenbergischen Ausgabe und Cuiacius t. V. p. 773.

5) Ad Fr. 2. § 3. De int. *Diximus.*

6) Unter diesen auch v. Savigny, Besitz, S. 325. (VII. Ausgabe) und Rudorff, das Interdict Quem fundum S. 17. n. 2.

Eingewiesenen herbeigeführt.[7]) Diess Resultat wird durch die Interpretation Ulpians bestätigt.[8]) Der Jurist bemerkt: in zwei Fällen kommt die von dem prætor aufgestellte Klage zur Anwendung: zuerst gegen denjenigen, welcher dem Eingewiesenen den Zutritt verwehrt; ferner gegen denjenigen, welcher den Zugelassenen hintenher wieder vertreibt. Von einem dritten Fall ist nirgends die Rede. Es fehlte also in der That an einem Rechtsmittel zur Wiedererlangung des Besitzes. Nur für den Fall gewaltsamer Vertreibung war Vorsorge getroffen. Diese Lücke ergänzt Justinian und in den einzelnen Ausdrücken seines Gesetzes ist der frühere Rechtszustand noch gar wohl zu erkennen. Der Kaiser hebt gerade diejenigen Umstände am meisten hervor, in welche er ändernd eingreift. Dahin gehört insbesondere die Bemerkung, dass auf die Art und Weise, wie der Eingewiesene seinen Besitz verlor, ob durch eigene Schuld oder durch fremde Unbill, nichts ankomme.

Nach dem iustinianischen Recht bestehen nun beide Klagen nebeneinander: das Interdict und die ihm entsprechende in factum actio hauptsächlich zum Schutz der ersten Apprehension, die hypothecarische Klage zum Zweck der Wiedererlangung des verlornen Besitzes.

Ueber das Verhältniss des Interdicts zu der in factum actio werden wir nicht genauer belehrt. Das einzig Sichere, was sich aus unsern Quellen ergiebt, ist Folgendes: Die Fassung des zum Schutz der Mission aufgestellten Interdicts ist in der Titelrubrik: NE VIS FIAT EI QUI IN POSSESSIONEM MISSUS ERIT zu erkennen. Die Allgemeinheit dieser Worte lässt nicht daran zweifeln, dass jede Einweisung ohne Unterschied, welches auch ihr Grund sein mochte, zu der Geltendmachung dieses Rechtsmittels befähigte. Es ist also nicht nöthig, jede einzelne Anwendung noch durch besondere Zeugnisse zu

---

[7]) Ueber Fr. 18. § 15. De damno inf., welches anders zu entscheiden scheint, siehe am Ende dieses §. c.

[8]) Fr. 1. § 3. D. eod.

belegen. Ja gerade für den Hauptfall, die missio rei servandæ causa, wäre diess unmöglich.[9])

Nicht so einfach stellt sich die Sache bei der actio in factum. Diese wird in einigen Fragmenten in einen nähern Zusammenhang mit der missio rei servandæ causa gesetzt;[10]) in anderen ebenso bestimmt mit allgemeiner Geltung ausgerüstet.[11]) Am wahrscheinlichsten ist folgender Zusammenhang. Das Edict, welches uns Ulpian in Fr. 1. pr. Ne vis fiat erhalten hat, gehört zu dem Abschnitt über die missio rei servandæ causa. Es wird durch diese Stellung auf die Gläubiger beschränkt. Aber die Worte lauten viel allgemeiner. Das Edict spricht schlechtweg von der possessio bonorum. Wir wollen nun nicht in Abrede stellen, dass der prætor auch diesen Ausdruck zunächst auf die Mission der Gläubiger bezog, für welche er von Alters her gebräuchlich war, und dass somit Stellung und Worte völlig im Einklang standen. Allein die bonorum possessio konnte auch aus diesem Zusammenhang herausgerissen und ohne Rücksicht auf ihre ursprüngliche Verbindung interpretirt werden. Das geschah. Man trug kein Bedenken zunächst die Legatsmission und die Einweisung der schwangern Frau,[12]) später, als die Fideicommisse üblich wurden und die missio ventris nomine mit dem carbonianum in Verbindung trat, auch diese Fälle[13]) mit unter jenen Ausdruck zu ziehen. Denn auch die Detention der Erbschaft konnte als possessio bonorum bezeichnet werden. Eine grössere Ausdehnung war aber unzulässig. Die Mission in einzelne Sachen begründete keine *bonorum* possessio. Wir finden auch in der That, dass der wegen damnum infectum eingewiesene Nach-

---

9) Das Interdict wird nur in Fr. 1. § 8. (missio legatorum s. c.) Fr. 3. pr. (missio fideicommissorum s. c.) Fr. 3. § 2. (missio ventris nomine) Fr. 4. pr. (missio damni infecti nomine) Ne vis fiat erwähnt. Dagegen ist in Fr. 1. § 1. D. eod. hoc *edictum*, nicht mit Haloander: hoc interdictum zu lesen.

10) Fr. 1. §§ 1. 5. Fr. 3. § 2. D. eod.

11) Fr. 1. § 2. D. eod.

12) Fr. 1. § 2. Ne vis fiat.

13) Fr. 3. §§ 2. 3. D. eod.

bar den angeführten Edictsabschnitt für sich nicht geltend machen kann. Der prætor ertheilt ihm eine besondere in factum actio, deren Theorie ganz eigenthümlich gestaltet ist.[14]) Man hat diesen Punkt meist übersehen, und in der Regel eine und dieselbe in factum actio auf alle Fälle der Immission bezogen. Mit Unrecht. Es giebt zwei ganz verschiedene in factum actiones: die eine zum Schutz der in ein ganzes Vermögen, die andere zum Schutz der in einzelne Sachen Eingewiesenen. Die erste ruht auf dem oben[15]) abgedruckten Edictsabschnitt, der zweiten war eine besondere Klausel gewidmet, deren Fassung nach den Worten Ulpians in Fr. 4. § 2. Ne vis fiat leicht wieder hergestellt werden kann. Die Hauptunterschiede beider Klagen sind folgende:

a. Wer den Gläubiger an der Besitzergreifung hindert, dem steht kein Mittel zu Gebote, der Klage des Eingewiesenen und somit der Verurtheilung in das ganze Interesse zu entgehen.[16]) Anders bei der Einweisung wegen verweigerter damni infecti cautio. Die Klage des Immittirten kann durch nachträgliches Anerbieten der Caution entfernt werden. Der prætor giebt die in factum actio nur gegen denjenigen, qui neque cavit, neque possidere passus est eum qui missus est.[17]) Dieser Unterschied ist von grosser Bedeutung für die Haftbarkeit der Erben, ebenso für die Verjährungsfrage. Obschon nämlich beide in factum actiones, sowohl die dem Gläubiger[18])

---

[14]) Fr. 4. §§ 2—4. Ne vis fiat. Fr. 15. § 36. Fr. 16. Fr. 17. pr. — § 4. Fr. 18. §§ 13—15. De damno inf.

[15]) S. am Anfang dieses §.

[16]) Fr. 1. § 8. Ne vis fiat.

[17]) Fr. 4. § 2. Ne vis fiat.

[18]) Fr. 1. § 8. Ne vis fiat. Eine Modification dieser Pönalität wird von Paulus in Fr. 51. § 1. De re iud. (XLII. 1.) hervorgehoben. Cuiacius (obss. XII. 23.) will den Ausdruck *venditor* in debitor, und das spätere debitor in debito umändern. Die erste Verbesserung ist jedoch unnöthig; denn unter dem venditor ist Niemand als der debitor verstanden. Eine ähnliche Modification tritt bei dem interdictum de tabulis exhibendis ein. Fr. 3. § 15. De tab. exhib. (XLIII. 5.) Es ist nicht zu bezweifeln, dass dieselbe Distinction, welche hier aufgestellt wird, auch auf unsern Fall Anwendung findet.

als die dem bedrohten Nachbar[19]) ertheilte, zu den Pönalklagen gehörte, so wird die mit der missio damni infecti verbundene dennoch sowohl gegen den Erben als nach Ablauf eines Jahres zugelassen.[20]) Die Klage des Gläubigers dagegen ist der allgemeinen Regel gemäss auf ein Jahr beschränkt und gegen den Erben nur bis zu dem Betrag seiner Bereicherung eingeräumt.[21]) Der Grund dieser verschiedenen Behandlung kann nicht zweifelhaft sein. Der Erbe hat es in seiner Hand, der Klage des Nachbars durch Sicherheitsleistung zu entgehen, während es an einer ähnlichen Hilfe gegen die Klage des Gläubigers gänzlich fehlt.

Wie die Gläubiger, so werden auch die übrigen in ein ganzes Vermögen Eingewiesenen mit einziger Ausnahme der Vermächtnissnehmer behandelt. Die Klage des Legatars kann wie die des bedrohten Nachbars durch das Angebot der nachträglichen Sicherheitsleistung entfernt und daher, obwohl pönal, doch nach Ablauf eines Jahres und gegen die Erben geltend gemacht werden.[22]) Diese Gleichstellung der missio legatorum mit der Einweisung wegen verweigerter damni infecti cautio ist aus der Theorie des Interdicts herübergenommen. Der Le-

---

19) Daher eben waren die meisten Juristen der Ansicht, dass dem Vater und dem Herrn die Noxädedition einzuräumen sei. Fr. 17. pr. De damno inf. Die Gegenmeinung stützte sich wohl auf die Zulassung der Klage gegen die Erben. Allein diese Ausnahme hatte ihren besondern Grund, wie im Texte nachgewiesen wird.

20) Fr. 17. § 3. De damno inf.

21) Fr. 1. § 8. Ne vis fiat.

22) Fr. 1. § 8. Ne vis fiat. Der in den Schlussworten dieser Stelle enthaltene Grundsatz wurde auch bei dem interdictum de tabulis exhibendis zur Anwendung gebracht. Auch diess Interdict ist pönal, Fr. 1. § 14. De tab. exhib. und desshalb durch eine ausdrückliche Sanction des prætor auf Jahresfrist beschränkt. Paulus R. S. IV. 7. § 6. Aber auch hier konnte die Klage durch nachträgliche Exhibition entfernt werden. Desshalb einigten sich die Juristen dahin, trotz der Sanction des Edicts auch später noch, und ebenso gegen die Erben, das Interdict zuzulassen. Ulpian in Fr. 3. § 16. De tab. exh. Interdictum hoc et post annum competere *constat*. Natürlich wurde hier von Seite des Beklagten die fortdauernde Möglichkeit der Exhibition vorausgesetzt, auf welche innert Jahresfrist Nichts ankommen konnte. — Dieser Zusammenhang ist bisher gänzlich verkannt und daher meist durch willkührliche Textesänderungen geholfen worden. Cuiacius obss. XVI. 28.

gatar musste sich mit dem Angebot der Caution zufrieden geben wie der bedrohte Nachbar. Als nun späterhin die in factum actio dem Interdict zur Seite trat, konnte man nicht umhin, den Beklagten auch ihr gegenüber in der alten Weise zu schützen. Er vermied jetzt die Klage durch dasselbe Mittel wie früher das Interdict. Auf diese Weise allein erklärt sich die so auffallende Erscheinung, dass zwei aus ganz verschiedenen Edictsabschnitten abgeleitete in factum actiones in einem so wesentlichen Punkte ihrer Theorie völlig übereinstimmen. Der angedeutete Zusammenhang wird von Ulpian ausdrücklich hervorgehoben.[23])

b. Ein zweiter Unterschied der beiden in factum actiones hängt mit der Fassung ihrer Formeln aufs Genaueste zusammen. Die Klage des Gläubigers hatte folgende Condemnation: quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit,[24]) die des eingewiesenen Nachbars eine ganz verschiedene: quantum præstare oporteret, si de ea re cautum fuisset.[25]) Diese letztere Fassung nöthigte den eingewiesenen Nachbar mit seiner Klage bis nach erfolgtem Schaden abzuwarten. Denn dasselbe müsste er thun, wäre ihm giltig cavirt worden. Der Widerstand als solcher wird also nicht gestraft, nur der Einsturz selbst giebt Anspruch auf Ersatz. Diese Folgerungen werden von Ulpian und Paulus anerkannt.[26]) Viel vortheilhafter ist die Klage des Gläubigers und der mit ihm gleichbehandelten Eingewiesenen. Hier wird die Widersetzlichkeit für sich als Klagegrund anerkannt und mit dem Ersatz des ganzen Schuldbetrages bestraft. Bedingte Forderungen finden jedoch keine Berücksichtigung,[27]) wohl aber bedingte Le-

[23]) Fr. 1. § 8. Ne vis fiat. — — actio et perpetua est, et in heredem dabitur, *quia est in potestate successorum, evitare interdictum satisdatione oblata.* Für die missio damni infecti vgl. Fr. 4. § 1. D. eod.

[24]) Fr. 1. pr. § 5. Ne vis fiat. Fr. 14. pr. Quib. ex caus. in poss. eat.

[25]) Fr. 4. § 2. Ne vis fiat. Fr. 15. § 36. De damno inf. Vgl. Lex galliæ cisalpinæ c. XX.

[26]) Fr. 15. § 36. Fr. 16. De damno inf.

[27]) Fr. 14. § 2. Quib. ex caus. Vgl. Fr. 1. § 5. Ne vis fiat. verba: Proinde &c. und Fr. 7. § 14. Quib. ex caus. Die Einweisung als solche erfolgt jedoch auch hier Fr. 6. Quib. ex caus. Vgl. Cuiacius obss. X. 32.

gate,[28]) denn die missio rei servandæ causa dient zunächst zum Schutz der Klage, und diese kann vor dem Eintritt der Bedingung nicht geltend gemacht werden; die Legatsmission dagegen ist von Hause aus auf bedingte Vermächtnisse berechnet.

c. Wir haben oben schon den Beweis geleistet, dass die actio in factum des Gläubigers nur in zwei Fällen zur Anwendung kommt: wenn entweder die erste Apprehension vereitelt wird oder gewaltsame Vertreibung stattfindet. Dasselbe gilt von der Klage des bedrohten Nachbars. Der prætor bediente sich hier desselben Ausdrucks: in possessione esse.[29]) Die Interpretation musste daher auch dasselbe Resultat liefern. So weit stimmen beide Klagen mit einander überein. Der Unterschied zeigt sich dagegen bei der missio ex secundo decreto, durch welche der Usucapionsbesitz auf den eingewiesenen Nachbar übertragen wird. Der prætor erstreckt nämlich seine in factum actio auch auf diess zweite Decret, und schützt mit derselben nicht nur die Detention, sondern ebenso die civile possessio. Zu dem Ende findet sich neben den Worten des Edicts: qui in possessionem esse der Zusatz: item *qui possidere* passus non fuerit.[30]) Dieser letztere Ausdruck umfasst aber mehr Fälle, als der erstere. Die in factum actio hat also hier eine weitere Anwendung als dort. Nicht nur derjenige, welcher die erste Apprehension vereitelt, nicht nur derjenige, welcher den detentor vertreibt, sieht sich der in factum actio ausgesetzt, sondern ebenso der, welcher eine temporäre Abwesenheit des Eingewiesenen dazu benützt, den Besitz seinerseits zu ergreifen und nun dem Rückkehrenden den Zutritt verwehrt.[31]) Durch die Abwesenheit allein geht der Besitz nicht verloren, sondern erst durch die Unmöglichkeit der Rück-

---

[28]) Fr. 14. § 1. Quib. ex caus. Vgl. Fr. 3. § 14. De tab. exhib.

[29]) Fr. 18. § 15. De damno inf. — — eum punit prætor, qui *in possessione esse* — — — passus non fuerit.

[30]) Fr. 18. § 15. D. eod.

[31]) Fr. 18. § 15. De damno inf.

kehr.[32]) Wer diese herbeiführt, der fällt in die Classe derer qui possidere passi non sunt.

Bei dem blossen in possessione esse verhält sich die Sache anders. Die Detention geht nicht erst durch Verhinderung der Rückkehr, sondern sogleich mit der Aufhebung des körperlichen Verhältnisses zur Sache verloren. Das in possessione esse ist also schon *vor* der Nonadmission nicht mehr vorhanden; der non admittens gehört mithin nicht unter diejenigen, qui in possessione esse passi non sunt.

Hiernach bedarf es kaum noch der Bemerkung, wie unzulässig es ist, die Verhältnisse der actio in factum zum Schutz des zweiten Decrets auf die Klage zum Schutze des ersten zu übertragen und Fr. 18. § 15. De damno infecto als Beweis für die ganz allgemeine Anwendung der Klage des detentor geltend zu machen. Von der possessio gilt kein Schluss auf die detentio, von dem zweiten Decret keiner auf das erste.

Die actio in factum zum Schutz der Mission wegen verweigerter cautio damni infecti wurde das Vorbild für die Verhältnisse der übrigen Einweisungen in einzelne Sachen, wie die Klage des Gläubigers das Vorbild für alle Missionen in ein ganzes Vermögen. Diessmal aber war es nicht die Interpretation der Juristen, sondern eine ausdrückliche Satzung des Edicts, welches diese Ausdehnung herbeiführte.[33])

15. Marcianus libro VIII. institutionum.

In Fr. 114. § 12. De legatis I. (XXX. 1.)

Iidem principes (sc. divi Severus et Antoninus) rescripserunt: filiis ante diem fideicommissi venientem restitui hereditatem maternam necesse non esse, sed præstare heredem posse vulgarem cautionem, aut si præstare eam non poterit, mitti liberos in possessionem fideicommissi servandi causa: *ut pro pignore non ut pro dominis possideant: vel alienandi ius, sed ut pignus habeant:* ut filius per patrem fructus consequatur et servus per dominum.

[32]) Fr. 3. §§ 7. 8. Fr. 25. § 2. De poss. In beiden Stellen wird dem non admitti das non accedere timore perterritum gleichgestellt.

[33]) Fr. 4. § 4. Ne vis fiat.

So oft der Vermächtnissnehmer zu dem Erben in dem Verhältniss einer Familienabhängigkeit stand, war die Legatscaution unanwendbar. Der Sohn konnte seinen Vater niemals zum Abschluss der zwischen Fremden üblichen Stipulation anhalten. Dasselbe galt von dem Verhältniss des Sklaven zu seinem Herrn. Die Sicherstellung fiel in beiden Fällen weg. Ja man stritt sogar darüber, ob der Sohn durch die Emancipation, der Sklave durch die Freilassung zu einer Forderung berechtigt werden soll, welche ohne die Wohlthat des Gewalthabers gar nie möglich gewesen wäre, und Paulus wollte wenigstens in der Art der Sicherstellung grössere Milde als gewöhnlich walten lassen.[1])

Die völlige Schutzlosigkeit des Sohnes oder Sklaven erstreckte sich ursprünglich auch auf die Universalfideicommisse. Ja hier schien sie um so gefährlicher, je grösser das bedrohte Interesse selbst war. Kein Wunder daher, dass für diesen Fall sehr bald auf Abhilfe gesonnen wurde. Die nächste Veranlassung dazu bot das Verfahren eines gewissen Vivius Cerealis, welcher das seinem Sohn bestimmte Fideicommiss vor dem Eintritt der Bedingung vergeudete.[2]) Zur Strafe auferlegte ihm Hadrian sofortige Restitution und gab dem Sohne, wenigstens für die Dauer seines Lebens,[3]) alle Rechte, die der Soldat an seinem peculium castrense hatte.

Noch weiter gingen die Kaiser Severus und Antoninus in dem von Marcian erhaltenen, an die Spitze gestellten Rescript. Hier wird die gewöhnliche, in allen andern Fällen gebräuchliche Legatscaution[4]) geradezu für zulässig erklärt, der Vater

[1]) Fr. 7. Ut legat. — — Sed melius est, per mediocritatem causam dirimere, ut cautioni tantum cum hypotheca suarum rerum committantur.

[2]) Papinianus libro XI. quæstionum in Fr. 50. Ad S. C. treb. (XXXVI. 1.)

[3]) Fr. 50. c. — — ne quid in ea pecunia *quam diu filius eius viveret*, iuris haberet. Das Recht der testamenti factio blieb also dem Sohn entzogen.

[4]) Daher von Marcian *vulgaris* cautio genannt. Eine andere Bedeutung hat der Ausdruck *communis* cautio in Fr. 4. pr. De sep. (XLII. 6.) Es ist die Caution, auf welche alle Gläubiger des Erblassers dem verdächtigen Erben gegenüber Anspruch haben, Fr. 31. § 3. De reb. auct. iud. (XLII. 5.) und welche bei allen bonæ fidei Verträgen auch schon zu Lebzeiten des Schuldners aus besondern Gründen verlangt werden kann. Fr. 41. De iudic. (V. 1.) Cuiacius (opp. t. IV. p. 276. ad Fr. 41. c.) hat den Unterschied zwischen vulgaris und communis nicht gehörig aufgefasst.

oder Herr zur Leistung derselben verpflichtet, und für den Fall der Weigerung dem Sohn oder Sklaven nicht anders als jedem Fremden Einweisung in die sämmtlichen Erbgüter mit dem Recht, dem Erben selbst den jedesmaligen Fruchtertrag wegzunehmen, ertheilt.

Gegen diese Erklärung erheben sich jedoch sofort einige Zweifel. Zuerst entsteht die Frage, ob denn dem kaiserlichen Rescript wirklich der von uns vorausgesetzte Fall zu Grunde liegt? Nirgends wird der väterlichen Gewalt, nirgends der Bedingung gedacht.[5]) Und dennoch sind beide Annahmen gerechtfertigt. Die Zusammenstellung des Sohnes mit dem Sklaven, wie sie in den Schlussworten der Stelle enthalten ist, erhebt zunächst die Fortdauer der Gewalt und folgeweise auch die Beendigung ihrer Aufhebung über allen Zweifel. Denn dem Haussohn, dessgleichen dem Sklaven kann nur so mit Erfolg legirt werden, dass der dies cedens in die Zeit ihrer Unabhängigkeit fällt.[6]) Hiegegen ist auch der Ausdruck: ante diem fideicommissi *venientem* ohne Bedeutung. Der Gegensatz zwischen venire und cedere gehört den Zeitbestimmungen an, durch welche er auch zunächst veranlasst wurde. Für die Bedingungen ist er ohne Bedeutung. Hier fällt das cedere mit dem venire stets

---

[5]) Die Glosse setzt daher folgende species: mater instituit extraneum et post tempus præcepit restitui filiis suis. Mit diesem Irrthum hängt ein zweiter zusammen. Die Glosse bemerkt zu den Worten: *necesse non esse:* immo quandoque non posse, und beruft sich dafür auf den vorhergehenden Paragraphen. Allein dort ist der Sohn eines Dritten, nicht der Sohn des Erben selbst Legatar. Dort darf also das Vermächtniss nicht repräsentirt werden, wohl aber hier. Vgl. Fr. 22. pr. Ad S. C. treb. (XXXVI. 1.)

[6]) Fr. 5. § 7. Quando dies leg. (XXXVI. 2.) Si quum dies legati cedere inciperet, alieni quis iuris est, debebitur his legatum, quorum iuri fuit subiectus. Daher ist in Fr. 1. § 20. Ut legat. die *incerta* dies ausdrücklich hervorgehoben. In diesen Zusammenhang gehört auch Fr. 114. § 1. De leg. I. — Die Bedingung: si morte patris sui iuris fuerit effectus wird in unsern Rechtsquellen öfters erwähnt: Fr. 11. § 11. De leg. II. (XXXII.) Fr. 15. Quando dies leg. (XXXVI. 2.) Fr. 19. Quæ in fraud. (XLII. 8.) Und zwar ist es meist die Mutter, welche in dieser Weise zunächst für den hinterlassenen Mann, und nach dessen Tod für ihre eigenen Kinder sorgt. In Fr. 22. pr. Ad S. C. treb. (XXXVI. 1.) werden die Kinder eines früher schon abgeschiedenen Mannes mit dem Fideicommiss bedacht.

zusammen, das Eine enthält auch das Andere, eine genauere Unterscheidung Beider ist daher kein Bedürfniss.

Nicht weniger merkwürdig als der Inhalt ist die Ausdrucksweise des kaiserlichen Rescripts; denn dass uns nicht sowohl die Worte Marcians als vielmehr die ursprüngliche Gesetzesfassung selbst vorliegt, darüber kann kein Zweifel sein. Der Kaiser gibt sich alle Mühe, den Gegensatz zwischen dem Eigenthum und dem blossen Pfand hervorzuheben. Veranlassung hiezu war die grosse Aehnlichkeit in der äussern Lage eines Immittirten und eines Fideicommissars nach erfolgter Restitution der Erbschaft. Beide hatten Anspruch auf die Gesammtheit aller Erbgüter. So gewann es den Anschein, als ertheilte die Immission dem Fideicommissar dasselbe Recht, von dessen Einräumung der Erbe kurz zuvor freigesprochen worden war, mit andern Worten, als träte die Einweisung von Seite des Magistrats an die Stelle der Restitution von Seite des Erben. Um diesem Missverständniss vorzubeugen, wird auf die Verschiedenheit beider Fälle hingewiesen. Die Restitution des Fideicommisses macht den Fideicommissar zum Eigenthümer,[7]) die Immission zum Pfandinhaber; jene ertheilt das Recht der Veräusserung und des Fruchtgenusses; der Immittirte ist dagegen auf sein Pfand beschränkt, er veräussert nicht, und wenn er auch auf den jedesmaligen Fruchtbetrag Anspruch hat, so darf er doch die Früchte nicht selbst ziehen, sondern der Erbe zieht sie, also der Vater und der Herr, und dieser hat sie ihm zur Bewachung auszuliefern.[8])

Der erste dieser Unterschiede wird in unsern Rechtsquellen noch öfters hervorgehoben. Die Einweisung führt nie zum Eigenthum, sagt Kaiser Alexander in einem Rescripte des Jahres 224.[9]) Die übrigen dagegen finden sich nirgends mehr

---

[7]) Sogar vor dem Besitzerwerb. Fr. 63. pr. Ad S. C. treb. (XXXVI. 1.)

[8]) Fr. 5. § 22. Ut in poss. leg. In dem *consequi* liegt also keineswegs der Erwerb des Eigenthums, sondern nur der custodia. Das Eigenthum würde auf andere Art, z. B. durch suos faciat, ausgedrückt worden sein.

[9]) L. 5. C. ut in poss. leg. (VI. 54.) Ferner Fr. 5. pr. Ut in poss. leg. Vgl. L. 8. C. de bon. auct. iud. (VII. 72.)

mit ähnlicher Schärfe. Besondere Hervorhebung verdient der Gegensatz zwischen pignus und ius alienandi. Dieser zeigt auf das schlagendste, wie fremd die Veräusserungsbefugniss dem Begriffe des Pfandes ist.

16. Die zuletzt betrachteten Fragmente lassen darüber keinen Zweifel, dass dem Pfandbegriff auf dem Gebiete der Missionen eine sehr untergeordnete Bedeutung zukam. Die eigenthümliche Natur der Einweisungen wurde überall im Gegensatz zu der Pfandrechtstheorie aufrecht erhalten. Nur wo die eigenen Principien nicht ausreichten, nahm man zu der Analogie des Conventionalpfandes seine Zuflucht. Diess kam daher besonders da zur Anwendung, wo es sich entweder um das Verhältniss der verschiedenen Einweisungen untereinander oder zu den Rechten Dritter handelte: so bei der Frage nach der Rangordnung der missi,[1]) nach ihrer Stellung zu dem Eigenthümer[2]) und zu dem Rechte des Legatars.[3]) In andern Fällen hatte die Berufung auf die Pfandrechtstheorie keinen andern Zweck, als sich jede weitere Argumentation aus den Grundsätzen der Mission zu ersparen, so bei der Verweisung auf die Untheilbarkeit des Conventionalpfandes.[4])

Hierbei blieb man jedoch nicht stehen. Schon zur Zeit der classischen Juristen zeigte sich die Tendenz, einzelne Theile der Missionstheorie nach dem Vorbilde des Conventionalpfandes umzugestalten. Jedoch nur in wenigen Punkten gelang der Versuch. Dahin gehört insbesondere die Umbildung der Noxalklagen. Einen ähnlichen Fortschritt zeigt die Uebertragung der actio pignoraticia auf die antoninianische Mission.[5]) Viel bedeutender sind die iustinianischen Aenderungen. Erst durch die Ausdehnung der Mission auf die Forderungen, insbesondere aber durch die Einräumung der hypothecarischen Klage, wurde

---

[1]) L. 3. C. ut in poss. legat. — L. 8. C. qui pot.

[2]) Fr. 35. De reb. auct. iud. — Fr. 12. Pro emt. (XLI. 4.) Fr. 2. Pro her. (XLI. 5.)

[3]) Fr. 11. § 1. Ut in poss. legat.

[4]) Fr. 18. § 6. Fam. erc. (X. 2.) — Fr. 23. De pec. (XV. 1.)

[5]) Fr. 5. § 21. Ut in poss. legat.

die Erhebung des pignus prætorium zu einem wahren Pfande vollendet. Aber auch dieser Fortschritt beschränkte sich auf die missio rei servandæ causa, und liess die ganze frühere Theorie, so weit sie nicht mit der Klage zusammenhieng, völlig unangetastet. — Zu einer einheitlichen Gestaltung der Lehre von dem prätorischen Pfande vermochte sich die römische Rechtsbildung nicht zu erheben. Alles ist hier fragmentarisch und ohne innern Zusammenhang. Die Uebertragung des Pfandbegriffes auf die Missionen ist ein blosser Versuch ohne Erfolg, der Beginn einer Entwicklung ohne Resultat.

XV.

Das pignus als Wettpreis.

Wir haben bis jetzt zwei Anwendungen des pignus ohne Verkaufsrecht kennen gelernt: das pignus an dem redemtus und das mit der prätorischen Einweisung verbundene Pfand. Dazu kommt noch ein dritter Fall: das pignus als Wettpreis. Allein dieser kann mit den beiden ersten nicht auf eine Linie gestellt werden. Das pignus als Wettpreis hat mit dem Pfande Nichts als den Namen gemeinschaftlich. Die Veräusserung fällt allerdings weg, aber diese Thatsache ist ohne alle Bedeutung, weil es an einem wahren Pfandrechte fehlt.

Die Römer kennen zwei Formen der Wette: eine civile mit Rechtsschutz versehene, die sponsio, eine faktische ohne alle rechtliche Anerkennung, das pactum verbunden mit pignus. Dort ist der Siegespreis Gegenstand einer Stipulation, die bestrittene Behauptung Bedingung derselben, der iudex Kampfrichter; hier dagegen fehlt es an einer Klage; an ihre Stelle tritt die rein faktische Sicherheit des offenen Einsatzes, zuweilen in die Hände eines sequester,[1]) welcher die Wette manchmal selbst entscheidet,[2]) immer aber den Wettpreis an

[1]) Isidor X. 1087. Servius zu Aen. XI. 133. *pace sequestra.*

[2]) Servius l. c. Macrobius Saturn. II. 13.

den Sieger verabfolgt. Dieser Einsatz heisst pignus.[3]) Wir könnten ihn auch in unserer deutschen Sprache, unter Anwendung desselben Bildes, *das Pfand der Wette* nennen. Denn dass hier nur von einem bildlichen Gebrauch des Wortes pignus die Rede ist, darüber kann doch wohl kein Zweifel sein. Wie das Pfand für die richtige Bezahlung einer Schuld, so haftet der Einsatz für die Wahrheit der aufgestellten Behauptung. Diese Aehnlichkeit erklärt die Uebertragung jenes Ausdrucks auf ein ihm fremdes Gebiet. Es ist also ein entschiedener Missgriff, wenn ein neuerer Schriftsteller den Einsatz, das victoriæ pretium,[4]) als ein eigenes wahres Pfand, ein pignus im streng rechtlichen Sinn, auffasst und den Anspruch des Siegers auf die gesetzte Prämie aus einem commissorischen Vertrag herleitet.[5]) Wo ist denn die Forderung, für deren Erfüllung das Pfand haften soll? Oder wer könnte den Streit über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer bestimmten Behauptung mit der Forderung aus einem Vertrag vergleichen? Wer möchte den Einsatz des Spielers[6]) auf eine Pfandbestellung zurückführen? Ist das gesetzte Goldstück, das Rinderpaar, um welches die Hirten bei Virgil ihren Wettkampf halten,[7]) Gegenstand eines Pfandvertrages? Aber noch mehr. Ist hier überhaupt an ein Rechtsgeschäft zu denken? Stehen Menalcas und Damötas in einem Vertragsverhältniss? Niemand wird diess im Ernst behaupten. Der Sieger kann seine Prämie mit keiner Klage verfolgen. Er nimmt den Einsatz weg. Diess factische Verhältniss vertritt die Stelle des Rechtsschutzes. Auch der sequester ist gegen den Angriff des Obsiegenden sicher gestellt, und nur dem Eigenthümer verpflichtet. Der Kampfrichter endlich kann niemals zur Aus-

---

3) Gellius V. 5. Plautus Epid. V. 2. v. 34. Pœnul. V. 4. v. 72. Casina proem. v. 75. Bacchid. IV. 9. v. 133. Persa II. 2. v. 4. Ovidius de art. am. I. v. 168. Valerius Maximus IV. 3. § 3.

4) So nennt es Valerius Maximus IV. 3. § 3.

5) Rudorff, die Pfandklagen. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. B. XIII. S. 195—200.

6) Columella VIII. 2. pignus aleæ.

7) Ecl. III. v. 28—37. und dazu Servius.

fällung des Spruches genöthigt werden, selbst dann nicht, wenn die Aufrechterhaltung seiner Entscheidung durch eine Conventionalstrafe der Partheien, oder durch die Deposition des Pfandes in die Hände des Richters gesichert ist.[8]) Denn diese beiden Sicherungsmittel sind nur da von Bedeutung, wo ein wahrer Rechtsstreit, eine lis, der schiedsrichterlichen Beurtheilung vorgelegt wird;[9]) die Entscheidung irgend einer andern bestrittenen Behauptung, eines Wettkampfes, gehört nicht in diese Kategorie.

Die rein factische Natur des pignus als Wettpreis hinderte dessen Anwendung im Prozess, während die Sponsion hier vielfach gebraucht wurde, ja mit gewissen Klagarten als Strafe des leichtsinnigen Litigirens in einem genauen Zusammenhang stand.[10]) Das Gebiet des pignus ist der gewöhnliche, insbesondere der freundschaftliche Verkehr des täglichen Lebens, welcher die Formen des strengen Rechts von sich stösst. Daher finden sich die meisten Beispiele bei den Dichtern, kein einziges gehört den Rechtsquellen an. Ja selbst der Ausdruck pignus wird in dieser uneigentlichen, figürlichen Bedeutung sorgfältig vermieden. Und doch hätte das sacramentum der Veranlassung genug dargeboten.[11]) Denn auch hier wird gewettet, auch hier wird gesetzt, wenn gleich nicht zu Gunsten des Siegers, sondern des Staats. Ja die Aehnlichkeit ist so gross, dass Rudorff auch hier von einem Pfand, auch hier von einem commissorischen Vertrag, diessmal zu Gunsten des sequester spricht.[12]) Aber auch hier fehlt dieser Auffassung alle

---

8) Fr. 3. § 2. Fr. 11. § 2. De recept. (IV. 8.)

9) Fr. 1. De recept. Compromissum *ad similitudinem iudiciorum* redigitur et ad finiendas *lites* pertinet.

10) Gaius IV. § 171. Cicero pro Q. Roscio c. 4. 5. — Gaius IV. § 141. Cicero pro Cæcina, c. 8.

11) Freilich konnte dasselbe seit der lex papiria auch bloss versprochen werden. Aber die Deposition war dadurch nicht ausgeschlossen. Puchta, Cursus II. S. 77.

12) A. a. O. S. 199. Wenn hier übrigens das pignus bei der Appellation mit dem sacramentum zusammengestellt wird, so beruht auch diess auf einem Irrthum. Denn jenes tritt zu einer sponsio hinzu, nicht anders als die Bürgschaft, welche dadurch ersetzt wird. Paulus R. S. V. 33. § 2.; dem

Wahrheit und Natürlichkeit. Welche Forderung hat der Staat an die streitenden Partheien? Wofür soll ihm Sicherheit bestellt werden? Oder ist etwa das Succumbenzgeld zu gleicher Zeit Gegenstand der Forderung und Pfand? Offenbar nichts von dem Allem. Die sacramenti depositio hat vielmehr die Natur einer bedingten Consecration,[13]) die Existenz des behaupteten Rechtes ist die Bedingung, der pontifex der Richter, das Schicksal des sacramentum der Gegenstand des Urtheils.[14]) Die Priester haben weder Recht noch Pflicht, über die Streitigkeiten Dritter zu richten; nur wo sie durch die Consecration einer bestimmten Geldsumme an dem Entscheid selbst betheiligt werden, übernehmen sie jenes Geschäft. Diese Bedeutung hat die Hingabe des sacramentum, und diese muss auch für die Zeiten festgehalten werden, welchen der ursprüngliche Sinn des Instituts so fremd geworden war, dass sie in der sacramenti depositio nichts weiter als eine gewöhnliche Processform, in der hinterlegten oder versprochenen Summe ein Succumbenzgeld erblickten. Von einem wahren Pfande konnte jetzt keine Rede sein, gegen den uneigentlichen Gebrauch des Ausdrucks pignus war dagegen Nichts einzuwenden. Dasselbe Bild, welches bei der Wette zur Anwendung kam, liess sich auch hier rechtfertigen. Aber selbst dieses wurde von den Juristen vermieden.[15])

sacramentum dagegen fehlt jede solche Grundlage, es ist nicht das accessorium eines anderweitigen Verspreehens, sondern ein in sich selbst abgeschlossenes Geschäft. — Die gleiche Bemerkung gilt von Macrob. Sat. I. 6. Das Pfand wird hier zur Bekräftigung einer vorhandenen Forderung herbeigebracht.

13) Varro de l. l. V. 180. (ed. Müller.)

14) Cuius sacramentum iustum sit. Cicero pro Cæcina c. 33.

15) Rudorff will zwar bei Isidor V. 24. den Ausdruck pignus für das Processsacramentum entdecken, jedoch ohne allen Grund.

XVI.

Das Rechtsverhältniss eines nachstehenden Pfandgläubigers.

---

1. Zu den Fällen des pignus ohne Verkaufsbefugniss wird in der Regel auch das nachstehende Pfandrecht gerechnet. Es ist nicht zu läugnen, dass einzelne Aeusserungen der Quellen diese Behauptung unterstützen. Wenn es in Fr. 1. De distract. pign. von einem Pfandgläubiger, welcher die erste und dritte Stelle einnimmt, heisst:

ante secundum creditorem dimissum, *nullo iure* cætera bona titulo pignoris vendidit,

und in L. 8. C. qui potiores:

nec alias secundum creditorem *distrahendi potestatem huius pignoris consequi*, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas,

so scheint von vorn herein jeder Zweifel überwunden. Der nachstehende Pfandgläubiger kann nicht verkaufen; erst wenn er durch die Abfindung aller vorhergehenden selbst in die erste Stelle eingerückt ist, erst dann wird ihm Veräusserung und Befriedigung aus dem Erlös gleich jedem andern gestattet. Das scheint das einfache Ergebniss der angeführten Stellen, und an diesem halten bis auf den heutigen Tag manche Rechtslehrer fest.[1]) Andere dagegen stellen es geradezu in

[1]) v. Löhr. Ueber die Rechte mehrerer Pfandgläubiger, in dem Archiv für

Abrede.[2]) Nach ihnen kann auch der nachstehende Pfandgläubiger veräussern, ebenso unbedingt veräussern als der erste. Für welche Meinung sollen wir uns entscheiden? Von beiden Seiten sind der Gründe und Gegengründe die Fülle vorgebracht worden. Wir könnten uns darauf beschränken, dieselben hier einzeln aufzuzählen, ihr Gewicht zu prüfen und wie die Wagschale sinkt, so zu richten. Sicherer und zweckmässiger ist indess ein anderes Verfahren. Die Entscheidung über das Verkaufsrecht wird durch die Auffassung des ganzen Verhältnisses eines nachstehenden Pfandgläubigers bedingt. Sie kann daher nur in Verbindung mit diesem gelöst werden. In dem Folgenden ist der Versuch gemacht, den innern Zusammenhang der ganzen Theorie darzulegen. Unsere Darstellung wird sich daher nicht auf die Verkaufsbefugniss beschränken, sondern das Rechtsverhältniss des nachstehenden Pfandgläubigers nach allen Seiten hin erörtern. Ausgeschlossen bleiben die Verhältnisse, welche durch die Verpfändung eines Pfandes, ebenso diejenigen, welche durch die Verpfändung derselben Sache von Seite eines Eigenthümers und eines Nichteigenthümers unter den mehreren Gläubigern hervorgebracht werden. So beschränkt sich unsere Untersuchung auf diejenigen Pfandgläubiger, welche ihr Recht von demselben Verpfänder ableiten. Dieser ist nun bald der Eigenthümer, bald ein blosser Besitzer mit oder ohne guten Glauben. Die Verpfändung von Seite des Eigenthümers bildet die Regel; von ihr werden wir daher zunächst allein reden.

2. Wer sich des oben ausgeführten Satzes erinnert, dass das Pfandrecht in der Pfandklage besteht, der wird auch die Möglichkeit mehrerer Pfandrechte an derselben Sache zugeben müssen. Die Bedingungen der Klage sind in dem zweiten Gläubiger und in allen nachfolgenden ebenso erfüllt, wie in der Person des ersten. Namentlich ist das in bonis für sie

die civilistische Praxis. B. XIV. S. 170. ff. Fritz, Erläuterungen. S. 533. ff. Sintenis, Handbuch. S. 650. ff. Pfandrechtliche Streitfragen Nro. 5.

[2]) Bopp, in der Zeitschrift für Civilrecht und Process. B. III. Nro. 12. S. 234. ff.

alle vorhanden. Die Verpfändung beeinträchtigt das Eigenthum in keiner Weise.[1]) Hätte man diese einfache Bemerkung stets berücksichtigt, so wäre man wohl nie zu der Ansicht gekommen, dass das zweite Pfandrecht nicht die Sache selbst, sondern den Mehrerlös, die hyperocha, zum Gegenstande habe, und ebenso wenig zu der andern gleich unbegründeten, wonach zwar die Sache, aber diese nur unter einer Bedingung, nämlich auf den Fall der Befriedigung des ersten Gläubigers verpfändet sein soll.[2]) Die sämmtlichen Creditoren haben ein gleich unbedingtes Pfandrecht und alle an der Sache selbst, keiner blos an der hyperocha.

An die Pfandklage schliesst sich das Verkaufsrecht an. Wo jene, da auch dieses. Der Zusammenhang beider Befugnisse ist so innig, dass er nicht einmal durch ein ausdrückliches Verkommniss der Partheien aufgehoben und ebenso wenig durch die Hinzufügung einer Bedingung ungewiss gemacht werden darf.[3]) Es kann daher keinem Zweifel unterworfen sein, dass auch der nachstehende Pfandgläubiger mit der Veräusserungsbefugniss, und zwar mit einer völlig unbedingten ausgerüstet ist. Er wird so gut als der erste das Eigenthumsrecht auf den Käufer übertragen, und so gut als Jener dem Verpfänder alle Befugniss, diese Uebertragung anzufechten, entziehen.[4])

So ist also das Pfandrecht nach seinen beiden Bestandtheilen für jeden der mehrern Gläubiger vollkommen begründet. Der Nachstehende hat die Pfandklage und die Verkaufsbefugniss so gut als der Erste.

Von dem Rechte als solchem ist aber nun die Möglichkeit seiner Durchführung zu unterscheiden. Wenn auch der Einräumung des pignus an Mehrere von rechtlicher Seite nichts entgegensteht, so ist doch andererseits ebenso klar,

[1]) Fr. 12. pr. De distr. pign.

[2]) Müller, Beiträge zur Lehre vom Pfandrecht, in dem Archiv für civilistische Praxis. B. XI. S. 389. v. Löhr. Ueber die Rechte mehrerer Pfandgläubiger, im Archiv B. XIV. S. 168. Gesterding, Pfandrecht S. 245. 246.

[3]) Darüber oben V. 18—20.

[4]) So auch v. Vangerow. Leitfaden §. 388. am Ende der ersten Anmerkung.

dass nur Einer derselben das Pfand besitzen, nur Einer mit dem Erlös befriedigt werden kann. So ergiebt sich die Frage: welches ist das Verhältniss der mehrern Pfandgläubiger unter einander? Das römische Recht konnte hier verschiedene Principien zur Anwendung bringen. Es konnte den Besitz entscheiden lassen. Es konnte auch einen Concurs der mehrern Gläubiger und in Folge dessen Theilung des Erlöses unter ihnen als Regel aufstellen. Beide Auswege wurden verworfen und gewiss mit Recht. Die zweite Verpfändung durfte den wohlerworbenen Anspruch des ersten Gläubigers in keiner Weise schmälern.[5]) Der Vorzug konnte daher nur von der Priorität der Zeit abhängig gemacht werden. Der prior galt auch als potior.[6]) So gelangen wir nun zu folgendem Resultat: Die mehrern Pfandrechte bestehen ohne alle Bedingung an der Sache selbst, aber unter ihnen findet eine Rangordnung statt,[7]) gewöhnlich nach Maasgabe der Zeitfolge, ausnahmsweise auch wohl in Abweichung von derselben.

3. Welches sind nun die Folgen dieses ordo? Wir können sie kurz so angeben: *der Spätere wird dem Frühern überall nachstehen, wo er mit ihm zusammentrifft.* Dieser Satz ist von der höchsten Wichtigkeit. Er enthält die Behauptung, dass das Pfandrecht des Zweiten durch den Vorrang des Ersten keineswegs völlig unwirksam gemacht, sondern vielmehr Dritten gegenüber in allen Theilen aufrecht erhalten wird. Die Folgen des ordo äussern sich nur in dem Verhältniss der beiden Berechtigten untereinander, und hier in doppelter Beziehung, je nachdem von der Klage oder von dem Verkaufsrecht die Rede ist. Diese beiden Fälle sollen gesondert betrachtet werden.

Die actio hypothecaria kann von jedem der mehrern Pfandgläubiger durchgeführt werden, denn jeder erfüllt in seiner

---

5) Vgl. L. 3. C. de remiss. pign.

6) L. 2. C. qui pot. Cum de pignore utraque pars contendit, prævalet iure, qui prævenit tempore.

7) So findet sich auch in Fr. 12. § 4. Qui pot. der Gegensatz: utrum ut *discedatur ab hypotheca in totum* — — an ut *ordo servetur*.

Person alle ihre Bedingungen. Der Erfolg wird sich jedoch verschieden gestalten, je nachdem der vorhergehende Pfandgläubiger oder irgend ein anderer besitzt. Jenem steht die Exception, beziehungsweise Replication der Priorität zur Seite, mit welcher die Klage des Nachfolgenden abgewiesen wird; dieser sieht sich dagegen zur Restitution verpflichtet, ohne die Rangordnung der Gläubiger untereinander für sich geltend machen zu können.

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

In Fr. 12. pr. Qui potiores.

Creditor qui prior hypothecam accepit, sive possideat eam, et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est: *si non mihi ante pignoris hypothecæve nomine sit res obligata,* sive alio possidente, prior creditor vindicet hypothecaria actione, et ille excipiat: *si non convenit, ut sibi res sit obligata,* hic in modum supra relatum replicabit. Sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget, et adiudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem.

Diess Fragment bedarf keiner weitern Erläuterung. Es bestätigt unsere oben ausgeführten Grundsätze vollkommen. Namentlich kann ihm gegenüber nicht mehr in Abrede gestellt werden, dass auch der spätere Pfandgläubiger die Pfandklage, mithin das Pfandrecht und zwar ein unbedingtes an der Sache selbst inne hat und gegen jeden durchführen kann, dem die Exception der Priorität zur Seite steht.

Einen ähnlichen Erfolg hat die Rangordnung für die Ausübung des Verkaufsrechtes. Jeder der mehrern Pfandgläubiger wird das Eigenthum auf den Käufer übertragen, der letzte nicht weniger als der erste. Aber dieses Eigenthum kann durch die serviana des vorgehenden creditor evincirt[1]) und von diesem von Neuem zum Verkauf gebracht werden. Das Verkaufsrecht ist also vorhanden wie die Pfandklage, aber es kann wie diese durch das bessere Recht eines vorgehenden Gläubigers unwirksam gemacht werden. Diese Folge der

[1]) Fr. 1. De distr. pign. Vgl. Fr. 34. § 2. Fr. 35. De evict. (XXI. 2.)

Rangordnung kann man nun in der That als fehlende Verkaufsbefugniss darstellen; für das praktische Resultat ist es völlig gleichgiltig, ob das Eigenthum von Hause aus gar nicht übergeht, mithin von dem Verpfänder auf dem Wege der Vindication zurückgefordert werden kann, oder ob es zwar übergeht, aber der Eviction durch die serviana ausgesetzt ist. In dem einen wie in dem andern Fall vermag der Verkäufer das habere licere nicht zu leisten, in dem einen wie in dem andern kann ihm daher das Verkaufsrecht selbst abgesprochen werden, und aus diesem Gesichtspunkte sind die am Eingang unseres Abschnittes angeführten Stellen zu erklären.

Aber nicht nur dem Käufer droht die Eviction von Seite eines besser berechtigten Pfandgläubigers, sondern auch der Verkäufer selbst kann, sobald er von dem bessern Recht des Andern Kenntniss hatte, zur Rechenschaft gezogen werden, und zwar mit den verschiedensten Rechtsmitteln, mit der actio furti bei beweglichen Pfandgegenständen, ganz allgemein mit der actio ad exhibendum,[2]) ebenso mit der actio hypothecaria, weil der dolus in allen Fällen die Stelle des Besitzes vertritt.[3]) Und auch diese Folgen würden hinreichen, Ausdrücke, wie die in den beiden angeführten Fragmenten zu rechtfertigen. Wer für die vorgenommene Veräusserung in der angegebenen Weise verantwortlich gemacht werden kann, von dem wird Jeder mit Recht sagen: nullo iure vendidit, ohne damit im Mindesten den Eigenthumsübergang und die Unanfechtbarkeit desselben von Seite des Verkäufers so wie des Verpfänders in Abrede zu stellen.

4. Von den beiden Folgen der Rangordnung ist die zweite, das Verkaufsrecht betreffende, besonders wichtig. Die Möglichkeit der Befriedigung aus dem Erlös ist der materielle Gewinn, wenn auch nicht die rechtliche Grundlage des Pfandrechts. Geht sie verloren, so verliert das Recht selbst alle

---

2) Fr. 1. De distr. pign.

3) Fr. 16. § 3. De pign. et hyp. und Fr. 1. c. «nec utilis danda est» sc. hypothecaria in eum qui dolo desiit possidere.

Bedeutung. In so fern könnte man sich versucht fühlen, die rechtliche Existenz des nachfolgenden Pfandrechts zwar zuzugeben, aber doch zu gleicher Zeit demselben allen Werth und alle Bedeutung abzusprechen. Allein auch diess wäre unrichtig. Die in der Rangordnung liegende Beschränkung dauert nämlich nur so lange als das erste Pfandrecht selbst fortbesteht. Sie hört auf, wenn der Vorgehende befriedigt, oder das Pfand zum Verkauf gebracht ist. In beiden Fällen gewinnt das Recht des Nachfolgers eine neue Bedeutung, in beiden jedoch eine ganz verschiedene. Nach der Befriedigung des vorgehenden Gläubigers rückt der zweite selbst in die erste Stelle und in alle Rechte eines ersten Pfandberechtigten ein; die Beschränkungen des ordo fallen sämmtlich weg. Nach dem Verkauf dagegen tritt der etwaige Ueberschuss, die hyperocha, an die Stelle des ursprünglichen Pfandobjects. Dieses ist durch den Verkauf von Seite des Bestberechtigten völlig befreit; die Pfandklage fällt auch für die unbefriedigt gebliebenen spätern Gläubiger weg, obwohl die Bedingungen ihrer Formel auch jetzt noch erfüllt sind;[1]) aber an die Stelle der in dem Pfandvertrag bezeichneten, nunmehr liberirten Sache tritt die aus dem Erlös erübrigende Summe, die hyperocha, geradeso als wäre auch sie der Gegenstand einer besondern Pfandberedung. Der zweite Gläubiger tritt nun auch hier wieder in die Stelle eines Erstberechtigten, aber nicht mehr an der Sache selbst, sondern an der hyperocha. Diese wird er mit einer actio hypothecaria utilis verfolgen; des Verkaufs dagegen bedarf er nicht, da die Compensation von Forderung und Schuld zum Ziele führt.[2]) Die hypothecaria utilis wird in folgendem Fragment angedeutet:

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

In Fr. 12. § 5. Qui potiores.

---

[1]) L. 1. C. si antiq. cred. (VIII. 20.) Si vendidisset, qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non posset.

[2]) Fr. 96. § 3. De solut. et liber. (XLVI. 3.) — — Quodsi temporibus discretis superfluum pignorum obligari placuit, prius debitum pretio pignorum iure solvetur, *secundum superfluo compensabitur.*

Papinianus libro undecimo respondit:[3]) Si prior creditor, postea novatione facta, eadem pignora cum aliis accepit, in suum locum eum succedere; sed si secundus non offerat pecuniam, posse priorem vendere, ut primam tantum pecuniam expensam ferat, non etiam, quam postea credidit, *et quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat.*

Der hauptsächlichste Inhalt dieses responsum ist für die vorliegende Frage ohne alle Bedeutung. Nur die Schlussworte verdienen nähere Betrachtung. Der erste Gläubiger wird zu der Restitution des Ueberschusses an den zweiten verpflichtet. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, dass der Verkäufer im Weigerungsfall durch eine Klage zur Erfüllung seiner Verpflichtung angehalten wird. Das Rechtsmittel selbst findet sich bei Papinian nicht genannt. Die Ausleger haben verschiedene Vermuthungen ausgesprochen. Nach der Glosse ist an eine in factum actio zu denken. Cuiacius[4]) verwirft diese Annahme, ebenso die Behauptung einer condictio ex lege, und vertheidigt die utilis hypothecaria. Und in der That kann auch nur von dieser die Rede sein. Eine Anomalie darf indess nicht verschwiegen werden. Die hypothecaria ist eine in rem actio, sie kann daher nur gegen einen bestimmten, individuell zu bezeichnenden Gegenstand gerichtet werden. Die hyperocha genügt diesem Erforderniss nicht; sie kann auch dann noch eingeklagt werden, wenn die Identität der von dem Käufer gezahlten Geldstücke nicht mehr nachzuweisen ist; wenigstens würde jede hiegegen aufgestellte Beschränkung den Worten Papinians widersprechen und das Recht des zweiten Pfandgläubigers von vornherein vereiteln. Das petitum der Klage wird also auf die hyperocha selbst und nicht auf bestimmte Geldstücke gestellt; es nähert sich in diesem Punkte der Natur einer actio in personam.

Der Anspruch des zweiten Pfandgläubigers auf die hyperocha schliesst den des Schuldners aus. An die Stelle der pignoraticia in personam tritt die hypothecaria utilis, an die Stelle

[3]) Fr. 3. pr. Qui pot.
[4]) Ad Fr. 3. pr. Qui pot. Opp. t. IV. p. 1291.

des Verpfänders der nachstehende Gläubiger. Hieraus ergiebt sich, dass unter dem superfluum, welches unsere Quellen dem Verpfänder zurückzugeben befehlen,[5]) nicht der Ueberschuss nach Abzug der eigenen Forderung des Verkäufers, sondern derjenige nach Abzug des ganzen auf der verkauften Sache haftenden Schuldbetrags zu verstehen ist. Der Verkäufer kann nicht beiden haften, dem zweiten Pfandgläubiger und dem Schuldner zugleich. Aber noch mehr: es kann auch nicht seiner Willkühr überlassen sein, welchem von Beiden er restituiren will; Zahlung an den Schuldner wird ihn dem zweiten Gläubiger gegenüber nicht liberiren, sobald er wenigstens von der Existenz eines solchen gehörig unterrichtet ist.

Ueber alle diese Punkte fehlt es an ausdrücklichen Bestimmungen der Quellen, ein Umstand, der sich nur aus dem häufigen Gebrauch des ius offerendi erklären lässt.

Das Resultat ist folgendermaassen zusammenzufassen: Der materielle Gehalt eines nachstehenden Pfandrechts äussert sich in zwei Wirkungen: in dem Anspruch auf den Mehrerlös nach stattgehabter Veräusserung, und auf die Sache selbst nach anderweitiger Liberation. Diese beiden Rechte vertreten die fehlende Verkaufsbefugniss.

5. Der Nutzen eines zweiten Pfandrechts ist also weit geringer als der des ersten, die Verheimlichung der frühern Verpfändung daher eine Beeinträchtigung, gegen welche der Gläubiger geschützt werden muss. Das römische Recht gestattet zu diesem Zwecke zunächst eine civile Entschädigungsforderung, die actio pignoraticia contraria;[1]) überdiess aber eine Criminalklage auf Stellionat,[2]) nicht anders als wäre eine gänzlich fremde Sache statt der eigenen zum Pfand gegeben worden.[3]) Das Verhältniss des Sachwerths zu den beiden For-

---

[5]) Fr. 6. § 1. Fr. 7. Fr. 42. De pign. act.

[1]) Fr. 16. § 1. De pign. act.

[2]) Fr. 16. § 1. Fr. 36. § 1. De pign. act. Fr. 3. Stellionatus (XLVII. 20.) — Fr. 15. § 2. De pign. et hyp.

[3]) Fr. 16. § 1. Fr. 32. De pign. act.

derungen wird jedoch unter Umständen als Entschuldigung angenommen.[4])

Den angeführten Nachtheilen kann nur eine gehörige Anzeige der vorgehenden Pfandrechte entziehen. Für diese bildete der Geschäftsverkehr sehr bald besondere Formeln. Zuweilen begnügte man sich mit der einfachen Fassung: res nulli alii obligata est quam Titio.[5]) Oefter aber wurde damit noch ein besonderer Zusatz verbunden, welcher den materiellen Gehalt eines nachstehenden Pfandrechts genauer hervorhob. Nach Gaius geschah diess in doppelter Form, entweder fügte man bei: ut in id, quod excedit priorem obligationem, res sit obligata; oder: ut sit pignori hypothecæve id, quod pluris est, aut solidum, cum primo debito liberata res fuerit.[6]) Es ist nicht zu übersehen, wie genau diese Formeln den beiden in einem nachstehenden Pfandrecht enthaltenen Wirkungen entsprechen. Die zweite hebt jede derselben besonders hervor, zunächst das Recht auf den Ueberschuss, daneben den Anspruch auf die ganze Sache; die erstere dagegen wählt einen Ausdruck, der beide Folgen gleichmässig umfasst.

Es ist für die richtige Auffassung unserer Lehre sehr wichtig, die rechtliche Bedeutung des genannten Zusatzes festzustellen. Und über diese kann nach der bisherigen Darstellung kein Zweifel mehr obwalten. Keine der beiden Clauseln ertheilt dem Gläubiger irgend ein Recht, das nicht schon in der Pfandbestellung als solcher enthalten wäre. Weder der Anspruch auf den Ueberschuss, noch der entsprechende auf die ganze Sache braucht dem zweiten Pfandinhaber besonders eingeräumt zu werden. Diese Befugnisse folgen schon aus dem

---

4) Fr. 36. § 1. D. c. — — Plane si ea res ampla est, et ad modicum æris fuerit pignorata, dici debebit, cessare non solum stellionatus crimen, sed etiam pignoraticiam et de dolo actionem, quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit. Vgl. Fr. 31. D. eod.: ut indemnem me præstet.

5) Fr. 34. § 1. De pign. et hyp. οἶδας γὰρ ἀκριβῶς, ὅτι καὶ ἡ ταβέρνα, καὶ οἱ δοῦλοί μου οὐδενὶ κατέχονται, ἢ σοι. — — Fr. 9. § 1. Quib. mod. pign. (instrumentum) quo caverat Seius, fundum nulli alii esse obligatum.

6) Fr. 15. § 2. De pign. et hyp.

Pfandrecht, der erwähnte Zusatz dient nur dazu, sie im einzelnen hervorzuheben. Ihre rechtliche Begründung liegt in jenem, nicht in diesem. Daher wird die Weglassung des ganzen Zusatzes das Recht des Pfandgläubigers in keiner Weise schmälern. Umgekehrt muss auch da, wo nur der Zusatz, nicht aber die einleitende Verpfändungsformel selbst vorliegt, die Sache selbst unmittelbar und unbedingt als verpfändet gelten. Ja es genügt sogar, die hyperocha allein zu erwähnen, mit Weglassung des Anspruchs auf das Ganze; auch hier ist die Sache selbst als verpfändet zu erachten, aus der Einräumung der einen Folge wird auf die Einräumung des ihr zu Grunde liegenden Rechtes in seinem ganzen Umfange geschlossen.[7])

Hieraus ergibt sich zugleich, dass die Natur des zweiten Pfandrechts nicht nach der Fassung jenes Zusatzes beurtheilt werden darf. Mag hier auch zunächt die hyperocha allein, die Sache selbst aber nur bedingungsweise verpfändet erscheinen: so wäre es doch völlig irrig, wollte man, hierauf gestützt, das zweite Pfandrecht als eine Verpfändung der hyperocha, oder als ein bloss bedingtes Recht ansehen. Nicht die hyperocha, sondern die Sache ist verpfändet, daher diese zunächst Gegenstand der hypothecaria; nicht das Pfandrecht ist von einer Bedingung abhängig gemacht, sondern nur die Pfandpriorität. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass eine Verpfändung unter der Bedingung: si primo debito liberata res fuerit, zu den Unmöglichkeiten gehöre. Sie kommt in der That vor; nur das behaupten wir, dass sie nicht schon in jeder einfachen Verpfändung an einen nachstehenden Gläubiger enthalten ist. Dagegen kann das superfluum für sich allein nie Gegenstand eines Pfandanspruchs sein; die Pfandklage verlangt einen individuell bestimmten Gegenstand, ein Erforderniss, welches die hyperocha nicht erfüllt. Daher eben wird die Verpfändung des Ueberschusses aus dem Erlös stets als Verpfändung der Sache selbst aufgefasst,[8]) und in derselben Weise sind alle diejenigen Stellen zu verstehen, in welchen nur das superfluum

7) Fr. 15. § 2. De pign. et hyp. zweite Hälfte.

8) Fr. 15. § 2. De pign. et hyp.

allein erwähnt wird.[9]) Die gleiche Behauptung gilt für das pignus in causa iudicati captum, wenn dieses an einer vorher schon contractlich verpfändeten Sache von dem die Exsecution leitenden Magistrat bestellt wird. Obwohl Ulpian auch hier zunächst das superfluum zur Tilgung der Judicatsschuld anweist,[10]) so ist doch nicht zu bezweifeln, dass die richterliche Verfügung die ganze Sache umfasst, und dass daher der Inhaber dieses richterlichen Pfandes seinen Anspruch auf den ganzen Erlös ausdehnen kann, wenn der erste Gläubiger noch vor dem Verkauf von anderer Seite Befriedigung findet.

Die Verpfändung unter der Bedingung: si primo debito liberata res fuerit findet sich in folgendem Fragment.

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

In Fr. 12. § 8. Qui potiores.

A Titio mutuatus, pactum est cum illo, ut ei prædium suum pignori hypothecæve esset, deinde mutuatus est pecuniam a Mævio et pactus est cum eo, ut, *si Titio desierit prædium teneri, ei teneatur;* tertius deinde aliquis dat mutuam pecuniam tibi, ut Titio solveres, et paciscitur tecum, ut idem prædium sibi pignori hypothecæve sit, et locum eius subeat; num hic medius tertio potior est, qui pactus est, ut Titio soluta pecunia, impleatur conditio? et tertius de sua negligentia queri debeat? Sed tamen et hic tertius creditor secundo præferendus est.

Der Zweifel, welchen Marcian zu lösen versucht, ist eine Folge der eigenthümlichen Bedingung, unter welcher die dem Titius haftende Sache an den zweiten Gläubiger verpfändet wurde. Es musste nämlich die Frage entstehen, ob die Worte: si Titio desierit prædium teneri, nicht auch dann schon als erfüllt zu betrachten seien, wenn ein Anderer auf dem Wege

9) Fr. 13. Qui pot. Si quid superesset ad te . . Fr. 96. § 3. De sol. et lib. (XLVI. 3.) Superfluum pignorum obligari placuit. Fr. 20. Qui pot. In dieser Stelle ist «*hyperocham* huius rei» und «pignoris *hyperocha*» zu lesen, nicht hypotheca. Siehe die Noten der Gebauer-Spangenbergschen Ausgabe und bei Schulting.

10) Fr. 15. § 5. De re iud. (XLII. 1.) Diess Fragment wird im ersten Abschnitt des zweiten Bandes in Verbindung mit der ganzen Lehre von dem pignus in causa iudicati captum genauer besprochen werden.

der Succession an die Stelle des abgefundenen Titius getreten sei? Eine wörtliche Auslegung der gedachten Bedingung führte nothwendig zu der Affirmative. Denn nicht dem Titius, sondern seinem successor haftet nunmehr das Grundstück. Marcian verwirft indess diese Auslegung. Was für Titius gilt, das soll auch auf seinen Nachfolger Anwendung finden. Erst wenn auch er befriedigt ist, kann die Bedingung als erfüllt angesehen werden: erst dann kommt das Pfandrecht des zweiten Gläubigers zur Entstehung. Der Dritte geht hier also dem Zweiten vor. Es gilt dasselbe Recht, welches für mehrere in der gewöhnlichen [11]) Form bestellte successive Pfandrechte allgemein anerkannt war.

6. Die beiden bisher besprochenen Befugnisse eines nachstehenden Pfandgläubigers, der Anspruch auf den Ueberschuss aus dem Erlös und das Recht auf die Sache ergeben sich, unserer obigen Darstellung zufolge, aus dem Pfandvertrag der Partheien; sie sind also beide vertragsmässige, in dem Partheiwillen begründete Rechte. Neben ihnen ist aber nun noch eine dritte Befugniss zu erwähnen, deren Ursprung ein ganz anderer ist, nämlich das Gesetz, mag dieses nun ein geschriebenes, etwa das prätorische Edict, oder, was viel wahrscheinlicher, ein ungeschriebenes, eine Satzung des Civilrechts sein ich rede von dem ius offerendi. Ja dieses dritte Recht des nachstehenden Pfandgläubigers ist so wesentlich, dass die beiden erstern nur erst dadurch zu wahrer Bedeutung gelangen, und eben desshalb demselben untergeordnet sind, oder neben ihm nicht einmal der Erwähnung gewürdigt werden. [1])

Die Wichtigkeit sowohl als die Schwierigkeit des Gegenstandes hat von Alters her die Aufmerksamkeit der Civilisten erregt.[2]) Und doch ist es den vereinten Kräften derselben

---

[11]) So sagt dasselbe Fr. 12. § 7. : si *simpliciter* convenisset secundus creditor de hypotheca — — und bezeichnet mit diesem simpliciter den Gegensatz der bedingten Bestellung, welche im § 8. angeführt ist.

[1]) So in Fr. 12. § 9. Qui pot. omnino secundus creditor nil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori et loco eius succedat.

[2]) Die ältere Litteratur findet sich bei Haubold, de iure offerendi, in dessen opuscula academica t. I. p. 573. sqq. Von den spätern Schriftstellern sind

nicht gelungen, bis zu dem Prinzip der Lehre durchzudringen. Nirgends findet sich dasselbe bestimmt und klar ausgesprochen. Ein Theil der Schuld ruht auf dem Zustand unserer Quellen; denn auch diese begnügen sich mit der Entscheidung einer Anzahl einzelner Fragen, ohne irgendwo den leitenden Grundsatz bestimmt auszusprechen. Aber dieser kann doch nur folgendermassen gefasst werden: *der nachstehende Pfandgläubiger erhält das Recht, seinem Vorgänger gegenüber die Rechte des Schuldners auszuüben.* Er wird also statt des Schuldners dem ersten Gläubiger Zahlung leisten, und zwar selbst gegen dessen Willen, ein Zwang, welcher völlig anomal und in keinem andern Rechtsverhältniss anerkannt ist.[3]) Er wird aber diese ausnahmsweise Befugniss nur in denjenigen Grenzen geltend machen, welche auch der Schuldner zu beobachten hat; er darf also nicht früher Zahlung leisten als der debitor, an dessen Stelle er tritt; er ist an dieselben paeta wie dieser gebunden, unterliegt der lex commissoria, dem Verkaufsvertrag und ähnlichen Beredungen und wird auch die dominii impetratio nicht anfechten; denn er kann niemals mehr Rechte in Anspruch nehmen als der Schuldner, in dessen Fussstapfen er eintritt. Dem gleichen Prinzip zufolge muss die Zahlung in demselben Umfang geschehen, in welchem sie von dem Schuldner gefordert werden kann: sie muss also ausser dem ganzen Capital auch noch alle diejenigen Accessionen umfassen, für welche das Pfand mit haftet,[4]) nicht aber auch die-

folgende zu nennen: Glück, B. XIX. S. 352. ff. Zimmern, Zeitschr. für Civilrecht und Process. B. I. S. 50. ff. Müller, Archiv für die civil. Praxis. B. XI. S. 385. ff. Civilistische Abhandlungen. S. 54. ff. Linde, Zeitschrift für Civilrecht und Process. B. V. S. 290. ff. Fritz, Erläuterungen. S. 526. ff. v. Vangerow, Leitfaden. § 377. Anm. 1. Sintenis, Pfandrecht. S. 409. ff. Gesterding, Pfandrecht. § 39. S. 299. ff.

3) Für den Schuldner kann Jeder zahlen, aber nicht gegen den Willen des Gläubigers. Debitore invito, aber nicht creditori invito recte solvitur. Ueber den ersten Satz Fr. 23. Fr. 53. Fr. 72. § 2. De sol. et lib. (XLVI. 3.) Ueber den zweiten Cuiacius ad Fr. 40. § 2. De pact. (II. 14.) Opp. t. IV. p. 839. D.

4) Also insbesondere die Zinsen, darüber sehe man unten den Abschnitt über die mit der Ausübung der Verkaufsbefugniss verbundenen Rechtsverhältnisse §§ 19—25.

jenigen, für welche es blos retinirt werden darf; denn diese Retention ist wie der dolus, durch welchen sie gerechtfertigt wird, eine rein persönliche Maasregel; sie kann also niemals von dem ersten Gläubiger auf den zweiten übergetragen, und gegen diesen wie gegen jenen angewendet werden.[5]) In diesem Punkte allein wird der erste Gläubiger durch das Oblationsrecht des zweiten benachtheiligt. In allen andern Beziehungen behält der erste Gläubiger seine Stellung völlig unversehrt; nur in der Person seines Schuldners tritt ein Wechsel ein: statt des ursprünglich obligirten zahlt ein Anderer, der zweite Gläubiger. Die Vorwürfe der Unbilligkeit und Härte, welche man dem ius offerendi macht, sind also völlig ungegründet. Gerechtfertigt werden sie nur dann erscheinen, wenn der Offerirende aller der Beschränkungen ledig gienge, welche auf dem Schuldner selbst lasten, wenn er das Capital früher als dieser zurückzahlen und die besondern Verträge bei Seite setzen könnte. Beides ist nicht der Fall. Die wohlerworbenen Rechte des vorgehenden Gläubigers werden in allen Theilen aufrecht erhalten.

7. Während das Oblationsrecht dem ersten Gläubiger in keiner Weise nachtheilig ist, begründet es auf der andern Seite den wahren Werth eines nachstehenden Pfandrechts. Der ganze Nutzen desselben wäre ohne das ius offerendi völlig der Willkühr des Schuldners gefangen gegeben. Durch die Verzögerung der Zahlung würde der erste Gläubiger zur Veräusserung befugt, durch den Verkauf selbst aber der Anspruch auf die Sache, durch seine Unterlassung der auf die hyperocha vereitelt. Dieser Willkühr sollte ein Ziel gesetzt werden. Es sollte hinfort nicht mehr in der Macht des Schuldners stehen, das Pfandrecht des zweiten Gläubigers zu schmälern oder ganz zu vernichten. Und dieser Zweck wurde durch das ius offerendi erreicht. Dem Gläubiger wurde gestattet, anstatt des Schuldners zu bezahlen. Halten wir nun den Vortheil des Offerenten mit der Schonung des ersten Gläubigers zusammen,

[5]) L. unica C. etiam ob chirogr. pec. (VIII. 27.)

so wird es begreiflich, wie das römische Recht zu der Anerkennung jener dritten Befugniss des nachstehenden Pfandgläubigers kam. Eine Anomalie bleibt dieselbe immer; der creditor braucht sonst von Niemand als von seinem Schuldner Zahlung entgegen zu nehmen; aber eine Anomalie, welche dem ersten Pfandinhaber nicht zu nahe tritt, dem nachfolgenden dagegen auf eine Weise zu Hilfe kommt, wie sie die in dem Pfandrecht so hoch angeschlagene utilitas contrahentium verlangt.[1])

8. Mit dem ius offerendi des nachstehenden Pfandgläubigers ist die Oblation von Seite eines Besitzers zur Abwendung der gegen ihn gerichteten Pfandklage nicht zu verwechseln. Die Vermengung dieser beiden Institute hat in unserer Lehre zu sehr vielen und sehr nachtheiligen Missverständnissen geführt. Und doch sind beide wesentlich von einander verschieden. Das ius offerendi des nachstehenden Pfandgläubigers ruht auf einem besondern privilegium, ist zu beiden Seiten von dem Besitz unabhängig, aber nur unter Pfandberechtigten anwendbar. Die Oblation eines mit der hypothecaria Belangten dagegen wird durch die Fassung der Klage selbst gerechtfertigt, verlangt Besitz des Offerirenden und ist nicht auf Pfandgläubiger beschränkt, sondern jedem Besitzer, mag er Eigenthümer, bonæ oder malæ fidei possessor, oder selbst Pfandbesitzer, besserer oder schlechterer sein, eingeräumt. Auch die Folgen beider Oblationen sind völlig verschieden. Jene erzeugt eine successio in locum primi creditoris zu Gunsten des nachstehenden Offerenten, diese bewirkt Abwendung der hypothecaria und rechtfertigt unter Umständen das Gesuch um Cession der Klagen von Seiten des befriedigten Klägers; von einem Eintritt in das ganze Rechtsverhältniss desselben ist hier keine Rede.

Diese gegen die hypothecarische Klage gerichtete Oblation bespricht Paulus libro V. responsorum in folgender Weise:

Fr. 12. § 1. Quibus modis pignus solv.

[1]) Ein sehr merkwürdiges Beispiel derselben in Fr. 12. De pign. et hyp.

Qui pignoris iure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere, si qualiscunque possessor offerre debitum velit; neque enim debere quæri de iure possessoris, quum ius petitoris removeatur soluto pignore.

Unter den Bedingungen, von deren Erfüllung die Durchführung der hypothecaria abhängig ist, nennt die Klagformel neben dem Pfandvertrag die Nichtleistung der versicherten Forderung. Suas conditiones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia, aut satisfactum est; quibus cessantibus tenet.[1]) Dass gerade von dem Schuldner selbst gezahlt sein müsse, wird in diesen Worten nicht gefordert. Daher kann auch der belangte Besitzer den Kläger befriedigen und dadurch den Erfolg der hypothecarischen Klage vereiteln. Dann heisst es: ius petitoris removetur soluto pignore. Auf das eigene Recht des Besitzers kommt nun nichts weiter an. Genug dass die Klage durch die Zahlungsleistung aus dem Felde geschlagen ist. Die hypothecarische Vindication weicht in diesem Punkte von dem Rechte der dominii vindicatio völlig ab. Gegen die Klage des Eigenthümers giebt es keine ähnliche Vertheidigung.

Mit der geleisteten Zahlung steht die Nichtannahme derselben von Seite des klagenden Pfandgläubigers auf einer Linie. Hievon spricht Gaius libro singulari ad formulam hypothecariam,

In Fr. 11. § 4. Qui potiores.

Si paratus est posterior creditor priori creditori solvere, quod ei debetur, videndum est, an competat ei hypothecaria actio, nolente priore creditore pecuniam accipere. Et dicimus, priori creditori inutilem esse actionem, quum per eum fiat, ne ei pecunia solvatur.

Diejenige Oblation, mit welcher jeder dritte Besitzer eine Pfandklage vereitelt, steht auch dem nachstehenden Gläubiger zu Gebote. In seiner Person vereinigen sich also zwei Rechte: das ius offerendi und die Oblation gegen die Pfandklage; jenes übt er in seiner Qualität als Pfandgläubiger, dieses als

---

[1]) Fr. 13. § 4. De pign. et hyp.

Besitzer. Beide setzen eine und dieselbe Leistung voraus: Befriedigung des ersten Gläubigers. Daher werden hier die eigenthümlichen Folgen beider stets verbunden sein: die einmalige Zahlung an den ersten Gläubiger bewirkt zu gleicher Zeit Entkräftung der Klage und Succession in sein ganzes Rechtsverhältniss. Aber wie nun, wenn der Kläger die ihm angebotene Zahlung nicht annimmt? Hier kommt es darauf an, ob der offerirende Besitzer sich mit der Weigerung begnügt oder ob er die zurückgewiesene Geldsumme versiegelt deponirt. In dem ersten Fall ist die Klage des vorgehenden Pfandgläubigers nicht weniger vereitelt, als wäre die angebotene Zahlung wirklich angenommen worden; eine weitere Folge aber tritt nicht ein. In dem zweiten Fall dagegen wird nicht nur die Klage unwirksam, sondern überdiess noch die mit dem ius offerendi verbundene successio in locum prioris herbeigeführt. Das Resultat ist: die Wirkungen der beiden Oblationsarten sind bei angenommener Zahlung stets verbunden, bei verweigerter Annahme nur dann, wenn die Förmlichkeit der Versiegelung und Deposition von dem besitzenden Pfandgläubiger gehörig beobachtet worden ist;[2]) das blosse Angebot genügt zwar zur Vereitelung der Klage, nicht aber zu der successio in locum prioris. In dem vorstehenden Fragmente ist von dem einfachen Angebot, nicht von der Versiegelung und Deposition die Rede, und daher als einzige Folge die Vereitelung der Klage angegeben. Et dicimus, priori creditori *inutilem* esse actionem. Der Sinn des Wortes inutilis ist von Mühlenbruch[3]) völlig missverstanden worden: das Recht des ersten Pfandgläubigers sei nicht *vernichtet*, sagt dieser Schriftsteller, sondern nur *wirkungslos*. Allein dem Pfandrecht ist dieser Gegensatz geradezu fremd. Wo die Bedingungen der actio hypothecaria unerfüllt sind, da ist es so gut als würde die Pfandklage selbst denegirt; da kommt daher der Ausspruch des Gaius zur Anwendung: nullum pignus est, cuius perse-

---

2) L. 1. C. qui pot.

3) Cession. 3te Ausgabe. S. 484. 485.

cutio negatur.[4]) Die inutilis actio ist also eine Klage, deren Bedingungen unerfüllt bleiben und die eben desshalb nicht durchgeführt werden kann. Bliebe hierüber noch irgend ein Zweifel zurück, so würde auch dieser durch die Schlussworte der Stelle entfernt. Der Grund der Inutilität wird hier auf die Fassung der Formel zurückgeführt: quum per priorem creditorem fiat, ne ei pecunia solvatur. Diese Klausel bildete einen Theil der Klagformel, welche nach unserer obigen Darstellung[5]) folgendermassen abgefasst war: Si paret — — eam pecuniam solutam non esse — — neque per Seium creditorem stetisse quominus solveretur. Hieraus erklärt sich nun auch der oben hervorgehobene Unterschied in den Vorbedingungen der Oblation gegen die Klage und in denen des ius offerendi. Jene wird nach den Worten der Formel beurtheilt, und hier ist nur von dem einfachen Angebot, nicht auch von Versiegelung und Deposition die Rede. Das ius offerendi dagegen verlangt von dem Gläubiger alles das, wozu der Schuldner selbst verpflichtet ist, der Schuldner aber kann sich durch das blosse Angebot niemals liberiren, der Gläubiger durch die Weigerung der Annahme niemals als befriedigt gelten. Nur die gehörige Deposition hat diese Wirkung.

Was von der Pfandklage, das gilt auch von der Pfandexception. Ob der erste Gläubiger mit der actio hypothecaria gegen den zweiten Besitzenden auftritt, oder selbst als Besitzer sich mit der Einwendung der Pfandpriorität gegen die hypothecaria des zweiten vertheidigt: das Rechtsverhältniss bleibt sich beidemale gleich. Immer wird der zweite offeriren, das einemal gegen die Klage, das anderemal gegen die Exception des ersten. Das vorliegende Fragment spricht von dem zweiten Falle: der erste Gläubiger besitzt und vertheidigt sich gegen die hypothecaria des zweiten durch die Exception der Pfandpriorität, und gegen diese wird nun offerirt. Das ist die Sachlage des Falles, welchen Gaius bespricht. Man würde auch wohl niemals daran gezweifelt, niemals dem zweiten

[4]) Fr. 27. pr. De nox. act. (IX. 4.)
[5]) Oben II. 11.

Gläubiger den Besitz beigelegt und den ersten zu der Rolle des Klägers verurtheilt haben,[6]) fände sich nicht in der Entscheidung des Gaius eine actio prioris creditoris erwähnt. Et dicimus, *priori* creditori inutilem esse *actionem*. Allein dieser Wechsel hat seinen besondern Grund. Freilich erwartet man statt *actionem* inutilem, *exceptionem*, denn gegen diese exceptio wurde offerirt. Aber was von der actio gilt, das gilt nothwendig auch von der exceptio, in der exceptio ist ja der Beklagte selbst actor. Gaius durfte sich also gar wohl auf die Klage berufen und den Schluss auf die exceptio dem Leser überlassen; ja er konnte es sogar nicht vermeiden, die Klage zu nennen, sobald er seine Entscheidung durch die Formel begründen wollte; denn die Formel gehörte zunächst der Klage, der Exception nur folgeweise.

9. Zu den Verschiedenheiten der beiden Oblationsarten: des ius offerendi von Seite eines Pfandgläubigers und des Angebots eines blossen Besitzers, gehört auch noch folgende, höchst beachtungswerthe: ein besserer Gläubiger kann als Besitzer, niemals als Pfandgläubiger einem schlechtern offeriren; er kann also die actio hypothecaria des Nachfolgers vereiteln, nicht aber in dessen Rechtsverhältniss als successor in locum eintreten. Der erste Theil dieser Behauptung bedarf keines weitern Beweises. Das Recht, welches jeder Besitzer überhaupt hat, steht ohne Frage auch einem Pfandbesitzer und daher auch wohl einem bessern gegen die Klage des schlechtern zu Gebote. Man kann auch dagegen nicht einwenden, der bessere bedürfe dieses Rechtes gar nicht, er könne sich ja durch die Exception der Pfandpriorität gegen jeden Nachfolger schützen. Wir anerkennen die Richtigkeit dieser Behauptung, aber die daraus gezogene Folgerung geben wir nicht zu. Die Existenz einer Rechtshilfe ist kein Beweis für die Nichtexistenz einer zweiten, sollte diese auch weniger Vortheile darbieten als jene. In dem vorliegenden Fall ist aber auch das nicht einmal erwiesen. Freilich verlangt die Vertheidi-

[6]) Gothofredus bei Schulting, notæ ad h. Fr.

gung durch Oblation eine Geldleistung, diejenige durch die Pfandexception dagegen nicht; allein dafür giebt jene einen Anspruch auf die Klagcession, [1]) die letztere aber nicht; und unter Umständen kann die Abfindung des nachstehenden Pfandgläubigers verbunden mit dieser Cession von grosser Wichtigkeit sein und vorgezogen werden. Bleiben wir also dabei: der erste Gläubiger hat zwei Mittel sich gegen die Klage des Nachfolgers zu schützen: einmal die Exception der Pfandpriorität, zum andern die Entkräftung der Klage selbst durch das Angebot der Schuld gegen die Cession der Forderung.

Der zweite Theil unserer Behauptung gieng dahin: der bessere Pfandgläubiger hat kein ius offerendi gegen einen nachfolgenden. Wir könnten uns für den Beweis dieses Satzes einfach auf die ganze bisherige Darstellung beziehen. Wir fanden in dem ius offerendi eine anomale Rechtssatzung, welche zu dem Bestand eines zweiten Pfandrechtes unerlässlich schien, und durch diese Nothwendigkeit allein veranlasst und gerechtfertigt wurde. Auf der Seite des bessern Pfandgläubigers zeigte sich kein ähnliches Bedürfniss, für ihn war daher auch jene Anomalie nicht gerechtfertigt. Das beste Pfandrecht bedarf selbst keiner Confirmation. Wir wollen jedoch diese innere Consequenz nicht als unumstösslichen Beweis geltend machen, sondern zugeben, dass eine Abweichung von derselben immer noch möglich wäre. Aber diese Abweichung muss bestimmt dargethan werden. Wo findet sich nun eine solche? In den iustinianischen Quellen nach allgemeinem Zugeständniss nirgends. Ueberall offerirt der schlechtere Gläubiger. Aber in Paulus R. S. II, 13, § 8 soll das Gegentheil ausdrücklich anerkannt sein:

Novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest. Sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit.

Hier wird ja offenbar, sagt man, dem bessern Gläubiger

---

[1]) Fr. 19. Qui pot.

das Recht des Angebots gegen den schlechtern eingeräumt. Wir geben diess zu, fragen aber zugleich, welche Oblation denn gemeint sei, ob die zur Entkräftung der Klage, beziehungsweise der Exception bestimmte, oder diejenige, welche jedem Pfandgläubiger, auch dem nichtbesitzenden zusteht, und eine successio in locum dimissi zur Folge hat? Ist das Erstere der Fall, so gehört die Stelle gar nicht hieher. Und es hält in der That nicht schwer nachzuweisen, dass Paulus dem ersten Gläubiger die Oblation nur allein zum Zweck der Erhaltung seines Besitzes, mithin zur Abwendung der von dem nachfolgenden geltendgemachten Pfandklage, einräumt. Der Zusammenhang der Stelle ist folgender: der erste Pfandgläubiger besitzt. Der nachfolgende wünscht den Besitz für sich zu erwerben. Zu dem Ende wird dem ersten Zahlung angeboten, und auf diese Weise die Exception der Priorität zum Voraus entfernt, also der Erfolg der Pfandklage gesichert. Nun kann es sich aber treffen, dass auch der erste Pfandgläubiger sich im Besitz erhalten möchte. Wie kann er diess bewirken? Hier bieten sich zwei Mittel dar. Das Eine ist die Exception der Priorität; aber diese kann nur so lange entgegengesetzt werden, als der Nachstehende weder zahlt noch Zahlung anbietet. Sicherer ist es daher, sich nicht auf jene Einwendung zu verlassen, sondern dem zweiten die Klage selbst unmöglich zu machen. Diess geschieht durch das Angebot der Zahlung, und darin besteht das zweite, aber einzig sichere Mittel, dessen sich der erste Gläubiger bedienen kann, um seinen Pfandbesitz zu retten. So findet sich also wirklich ein Fall, in welchem die Berufung auf die Priorität nichts hilft, in welchem vielmehr neben dieser Priorität auch noch das Angebot der Zahlung erforderlich ist. Diese Eigenthümlichkeit sollte durch den Zusatz: quamquam ipse in pignore potior sit, hervorgehoben werden. Und sie verdiente wirklich besondere Hervorhebung. Der frühere Pfandgläubiger galt ja allgemein als «potior iure»; demnach schien er in allen Collisionsfällen über den spätern zum Siege berechtigt. Er hätte folglich auch in dem Streit um den Besitz den Vorrang an-

sprechen können. Dieser aber wurde ihm hier nicht zu Theil, vielmehr blieb er demjenigen, welcher dem Andern zuerst Zahlung anbot.

Die Oblation zum Zweck des Erwerbs oder der Erhaltung des Besitzes ist also der einzige Gegenstand der vorliegenden Stelle. Von dem ius offerendi mit der Wirkung der successio in locum dimissi ist keine Rede. Dem zweiten Gläubiger kann freilich auch diess Recht zu Theil werden, wenn nämlich die Zahlung an den ersten angenommen oder gehörig deponirt worden ist. Aber auf diese Wirkung legt Paulus kein Gewicht; seine Frage dreht sich um den Erwerb des Besitzes, und hiefür ist die einfache Oblation zur Entkräftung der Klage allein von Bedeutung.

Die aufgestellte Erklärung wird durch die westgothische Interpretation vollkommen bestätigt. Sie lautet:

Si duo creditores unum pignus debitoris habeant obligatum et posterior creditor priori creditori pecuniam offerat, potest pignus obligatum ad se transferre. Item prior creditor, licet potior sit in pignore retinendo, si offerat pecuniam, potest apud se pignus retinere.

Trotz der Unbehilflichkeit dieser Paraphrase ist doch die Richtigkeit ihres Sinnes nicht zu verkennen. Dem ersten Gläubiger wird der Besitz beigelegt und nur gefragt, wie er sich in demselben zu erhalten vermöge? Die Antwort geht dahin: als erster Gläubiger hat er den nächsten Anspruch auf die Retention des Pfandes; aber diese Retention wird erst durch das Angebot der Zahlung an den Nachfolger für immer gesichert. Das ist der Sinn der Schlussworte: licet potior sit in pignore retinendo, si offerat pecuniam, potest apud se pignus retinere; und das stimmt offenbar mit der Grundlage der von uns gegebenen Erklärung überein.

Unter den vielen Schriftstellern, welche sich mit dem vorliegenden Fragment beschäftigten, finden sich einige, welche wie wir das ius offerendi des bessern Pfandgläubigers in Abrede stellen. Aber der Weg, welcher sie zu diesem Resultat führt, ist ein völlig verschiedener. Sie geben zu, dass Pau-

lus von dem ius offerendi des Pfandgläubigers rede, oder vielmehr, sie kennen keine andere Oblationsart. Dieser erste Irrthum wird aber nun durch einen zweiten, nicht weniger verwerflichen, wieder gut gemacht. Der Zusatz: si voluerit soll nämlich nicht auf den ersten, sondern auf den zweiten Gläubiger gehen[2]) und Paulus somit das Oblationsrecht des Ersten in die Willkühr des Zweiten legen! Dadurch wird denn in der That dem Recht der Character eines Rechtes abgesprochen und mit der einen Hand entzogen, was mit der andern eben gegeben worden war! Allein schon die Sprache verwirft diese Interpretation. Von dem *ersten* Gläubiger sagt Paulus: si voluerit, dimittere non prohibetur. Nur der, welcher Willen und Wahl hat, kann auch gehindert werden. Prohibetur und voluerit hängen daher von demselben Subject ab: der erste Gläubiger kann Zahlung anbieten, *wenn er will*, d. h. wenn er es nicht vorzieht, sich mit der Exception der Priorität, die ihm ja auch zu Gebote steht, zu begnügen.[3])

Mit dem Fragment des Paulus wird dem Oblationsrecht des bessern Gläubigers jede Stütze entzogen. Die übrigen Argumente, welche man zu Gunsten desselben aufstellt, sind weniger den Gesetzen, als der sogenannten Billigkeit entnommen. Man geht von der Ansicht aus, der bessere Pfandgläubiger könne doch unmöglich weniger Rechte haben als der schlechtere. Allein, wir wiederholen es, wer die erste Stelle einnimmt, kann nicht mehr erhöht werden; ein Recht, das allen andern vorgeht, bedarf der Confirmation nicht. Ein *rechtliches* Interesse, den Nachfolger abzufinden, ist in der Person des Vorgängers gar nicht vorhanden. Der Erste schliesst den Zweiten von dem Besitz aus, er macht ihm den Verkauf unmöglich, er hat auch bei seiner eigenen Veräusserung die spätern Gläubiger nicht zu berathen, ihren Willen in keiner Weise zu berücksichtigen. Freilich kann nicht geläug-

[2]) So zuerst Zimmern, in der Zeitschrift für Civilrecht und Process a. a. O.

[3]) Der Gegensatz ist also nicht: er darf, aber er braucht nicht; er kann, aber er muss nicht, wie man meist annimmt, sondern ein ganz anderer: er kann das eine Mittel wählen, wenn er es nicht vorzieht, von dem andern Gebrauch zu machen.

net werden, dass der abgefundene Erste sein Retentionsrecht verliert, und dass vielleicht gerade desshalb auf die Erhaltung des Besitzes von seiner Seite grosses Gewicht gelegt wird. Welches Rechtsmittel in diesem Fall zur Anwendung kommt, haben wir aus der Stelle des Paulus gelernt. Es ist nicht das ius offerendi mit der successio in locum dimissi, sondern das Zahlungsangebot zur Abwendung der hypothecarischen Klage verbunden mit der Cession der Forderung. Und dieses genügte dem Bedürfniss vollkommen.

10. In der Lehre von dem ius offerendi ist ein Fragment aus Tryphonins viertem Buche der Disputationen ganz allgemein unberücksichtigt geblieben. Und doch hätte dasselbe für sich allein schon genügt, die Unstatthaftigkeit der Oblation von Seite des bessern an den schlechtern Pfandgläubiger darzuthun.

Fr. 12. § 12. De captivis et de postliminio (XLIX. 15.)

Si pignori servus datus fuerat ante captivitatem, post dimissum redemptorem in veterem obligationem revertitur; et si creditor obtulerit ei, qui redemit, quanto redemtus est, habet obligationem et in propriorem [1]) debiti causam, et in eam summam, qua eum liberavit, quasi ea obligatione quadam constitutione inducta, ut cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa; nisi quod in hoc conversa res est, et posterior, qui apud nos esset prior, quia eum servum ut apud nos esset effecit, ab eo, qui tempore prior fuit, ut infirmiore dimittendus est.

---

[1]) Faber emendirt *priorem*, (Schulting, notæ ad h. Fr.) allein mit Unrecht. Dadurch würde der Gegensatz zu dem Folgenden «summa qua eum liberavit» ganz verloren gehen. Zwei Forderungen stehen neben einander. Die erste beruht auf einer causa, die an sich zur Erzeugung eines Obligations-Verhältnisses geeignet und von Hause aus dazu bestimmt war, z. B. auf der Hingabe eines Darlehns. Die zweite dagegen entspringt einer constitutio iuris civilis und ist an eine Zahlung geknüpft, welche zunächst die Tilgung eines bestehenden Rechtes, nicht die Begründung eines neuen Verhältnisses zum Zweck hatte. Jenes ist eine propria (verstärkt proprior) debiti causa, diess eine summa liberandi pignoris causa data.

Wir wissen aus unserer frühern Darstellung,[2]) dass der redemtor eines fremden Sklaven so lange als Eigenthümer galt, bis durch die Abzahlung des Ankaufspreises der Eintritt des postliminium herbeigeführt wurde. Der frühere Eigenthümer erhielt nun sein Recht zurück, der Anspruch des Käufers war getilgt. Diess ganze Verhältniss hatte so viel Aehnlichkeit mit dem Pfandnexus, dass man kein Bedenken trug, den redemtor gegenüber den Pfandgläubigern aus der Zeit des frühern Eigenthümers nur als besser berechtigten Pfandinhaber zu behandeln, und demgemäss dem Minderberechtigten das ius offerendi einzuräumen. Um dieses dreht sich nun die Disputation Tryphonins. Zuerst werden die Folgen des Angebots besprochen, ein Gegenstand, der uns hier noch nicht interessirt. Alsdann kommt ein Unterschied zwischen der Oblation unter Conventional-Pfandgläubigern und der gegen den redemtor zugelassenen an die Reihe. Darauf haben wir hier unser Augenmerk zu richten. Von den Conventionalpfandgläubigern wird stets der spätere dem frühern offeriren. Bei dem redemtor steht die Sache umgekehrt. Hier geht das Angebot von einem der Zeit nach frühern Gläubiger aus. Liegt darin nicht die bestimmteste Behauptung, dass nur allein der schlechtere dem bessern, nie umgekehrt der bessere dem schlechtern offeriren kann? Aber noch mehr. Tryphonin fährt fort und zeigt, dass auch das Recht des redemtor von dem aufgestellten Grundsatz nur scheinbar abweiche; denn der redemtor, wenn gleich der Zeit nach später, sei doch dem Rechte nach stärker, er habe das privilegium der in rem versio, und müsse daher als potior gelten, mithin auch die Oblation gegen sich zulassen.

Hätte man das Fragment Tryphonins gekannt, wir zweifeln, ob man dann je die Gegenseitigkeit des ius offerendi behauptet haben würde.

11. Die nächste Aufgabe unserer Darstellung besteht darin, die rechtlichen Folgen der Oblation genauer zu bestim-

[2]) Oben Abschnitt XIII.

men. In der Angabe derselben weichen die verschiedenen Schriftsteller wesentlich von einander ab. Um so nothwendiger ist es, die Quellenzeugnisse allein reden zu lassen.

Wir stellen hier die wichtigsten derselben vorläufig zusammen.

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

In Fr. 12. § 9. Qui potiores.

— — omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori et *loco eius succedat.*

Paulus libro III. quæstionum.

In Fr. 16. Qui potiores.

— — Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, *in locum eius substituitur* in ea quantitate, quam superiori exsolvit.

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

In Fr. 5. pr. De distractione pignorum.

Cum secundus creditor, oblata priori pecunia, *in locum eius successerit*, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit.

L. 4. C. de his, qui in priorum creditorum locum succedunt.

Si prior respublica contraxit, fundusque ei est obligatus, tibi secundo creditori offerenti pecuniam potestas est, ut *succedas etiam* in ius reipublicæ.[1])

Alle diese Stellen bezeichnen die Wirkung der Oblation als eine successio in locum oder in ius dimissi. Hiermit aber haben wir zunächst nur ein Wort, eine Bezeichnung, wenn auch offenbar eine völlig technische, gewonnen. Was dieses Wort bedeutet, welcher rechtliche Inhalt ihm zukommt, das muss erst noch besonders nachgewiesen werden, und dazu eignen sich namentlich solche Stellen, welche die Wirkungen der Oblation im Einzelnen hervorheben. Die Gesammtheit derselben wird nothwendig den Inhalt der successio ausmachen. Dahin gehören folgende:

---

[1]) Nicht hieher gehören folgende Stellen: Fr. 7. §§ 5. 6. Fr. 12. De reb. eor. qui sub tut. (XXVII. 9.) Sie reden nicht von der Succession des Offerenten. Die Erklärung derselben unten in diesem Abschnitt § 16. n. 5.

L. 22. C. de pign. et hyp.

Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus, et a debitore sortem eiusque tantum usuras, quæ fuissent præstandæ, non etiam usurarum usuras petere potest.

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

In Fr. 12. § 6. Qui potiores.

Sciendum est, secundo creditori rem teneri etiam invito debitore, tam in suum debitum, quam in primi creditoris, et in usuras suas, et quas primo creditori solvit. Sed tamen usurarum, quas creditori primo solvit, usuras non consequetur; non enim negotium alterius gessit, sed magis suum; et ita Papinianus libro tertio responsorum scripsit, et verum est.

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

In Fr. 5. pr. De distr. pign.

Cum secundus creditor, oblata priori pecunia, in locum eius successerit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit.

Jede dieser drei Stellen hebt eine besondere Wirkung der Oblation hervor: das Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian den Eintritt in die persönliche Forderung des abgefundenen Gläubigers mit allen ihren Vorzügen;[2]) das erste Fragment Marcians den Uebergang der Pfandklage in demselben Umfang, in welchem sie dem abgefundenen Gläubiger zustand; das zweite die Uebertragung der Verkaufsbefugniss. So enthält die Succession des Offerenten den Eintritt in das ganze Rechtsverhältniss des abgefundenen Gläubigers nach seiner persönlichen und sachlichen Seite. *Die Forderung und das Pfandrecht bleiben bestehen, aber der Inhaber ist ein anderer.* Kein Ausdruck war passender, diesen Personenwechsel zu bezeichnen, als der im Erbrechte hergebrachte der successio in ius alterius. Wie der heres in die durch den Tod des Erblassers leer gelassene Stelle einrückt, so der Offerirende in die des abgefundenen Gläubigers. Das Recht ist das alte, der Berechtigte ein anderer.

[2]) Fr. 24. § 3. De reb. auct. iud. (XLII. 5.) Vgl. Fr. 2. De cess. bon. (XLII. 3.)

Der nachstehende Pfandgläubiger vereinigt jetzt in seiner Person zwei Forderungen und zwei Pfandrechte: das durch eigenen Vertrag begründete und das in der Person des Abgefundenen entstandene, beide an derselben Stelle, welche sie zur Zeit ihrer Trennung zwischen zwei verschiedenen Inhabern einnahmen.

Es bedarf kaum der Erwähnung, wie sehr sich dieser successor von demjenigen Pfandgläubiger unterscheidet, welcher nach der Befriedigung seines Vorgängers selbst als erstberechtigter dasteht. Und doch ist dieser Unterschied lange Zeit übersehen worden. Man setzte die Oblation von Seite des zweiten Gläubigers jeder anderweitigen Befriedigung des Vorgängers völlig gleich und sprach in beiden Fällen von einem blossen Nachrücken in die erste Stelle. Ja man gründete hierauf eine Theorie, welche zwischen der Oblation des zweiten und der eines noch entferntern Gläubigers an den Erstberechtigten genau unterschied und für beide Fälle besondere Wirkungen annahm.[3]) Es genügt, dieselbe hier im Allgemeinen erwähnt zu haben. Sie gehört zu den vielen Irrthümern, welche unsere Lehre so sehr verunstalten. Ob der zweite, ob ein noch späterer dem ersten oder ob die folgenden unter sich einander Zahlung anbieten, ist völlig gleichgiltig: immer tritt der Offerent an die Stelle des Abgefundenen; immer ist die Rechtsfolge dieselbe, successio in locum dimissi.

12. Aber der Einfluss dieser Succession auf das eigene Pfandrecht des Offerenten ist nicht immer derselbe, und in dieser Beziehung ist allerdings zwischen dem Angebot des zweiten und dem eines noch spätern Gläubigers an den Erstberechtigten zu unterscheiden. Die Vereinigung des ersten und des zweiten Pfandrechts in derselben Person enthält eine volle Bekräftigung des dem Offerenten ursprünglich zugehörenden schlechtern Pfandrechts; nicht so die Vereinigung des dritten und des ersten; der in der Mitte liegende noch unbefriedigte Gläubiger steht der confirmatio tertii pignoris hin-

3) Haubold a. a. O. p. 595.

dernd im Wege. So einleuchtend dieser Unterschied ist, so wenig wurde er bisher beachtet. Man findet in der Regel die ganz allgemeine Behauptung: durch das Angebot werde das schlechtere Pfandrecht bekräftigt. Mit nichten. Durch die Oblation an den Erstberechtigten wird nur das zweite Pfandrecht confirmirt; kein anderes, weder das dritte noch irgend ein nachfolgendes. Die successio in locum tritt zwar auch in diesen Fällen ein, aber sie bewirkt hier keine Confirmation. Daher sprechen unsere Quellen von der successio in locum ganz allgemein und für alle Fälle des Angebots, während die confirmatio auf die Verbindung des ersten und zweiten Pfandes in derselben Person bezogen wird.

L. 22. C. de pign. et hyp.

Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus —.

L. 1. C. Qui potiores.

Qui pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit.

Indessen giebt es auch für den Dritten ein Mittel, sein pignus zu confirmiren. Er bewirkt diess durch die Abfindung *aller* Vorgänger; ebenso der Vierte und jeder Folgende. Dabei ist es gleichgiltig, in welcher Reihe diesen Vorgängern offerirt wird, ob dem ersten vor dem zweiten oder umgekehrt. Beides ist zulässig.[1]) So kann es kommen, dass der Dritte dem Ersten confirmandi pignoris causa, d. h. in der Absicht der Confirmation, Zahlung leistet, ohne dass dadurch allein schon die Confirmation wirklich herbeigeführt würde. Irren wir nicht, so ist diese Erklärung auf die Worte Tryphonins: cum posterior creditor priori satisfacit *confirmandi sui pignoris causa* anwendbar. Hier wird nicht von der wirklich eingetretenen confirmatio pignoris, sondern von der Absicht eines nachstehenden Gläubigers, dieselbe herbeizuführen gesprochen. Die blosse Absicht kann auch der Dritte haben, und mit dieser Absicht an den Erstberechtigten zahlen, aber der Erfolg, die

[1]) Fr. 16. Qui pot. Hier wird von einer Oblation des Dritten an den Ersten gesprochen.

confirmatio selbst, tritt nicht eher ein, als bis alle vorhergehenden Pfandrechte mit dem ursprünglichen des Offerenten in einer Person vereinigt sind. So ist nun auch L. 5. C. qui pot. zu erklären.

Prior quidem creditor compelli non potest,[2]) tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre, sed si tu illi id omne, quod debetur, solveris, pignoris tui causa firmabitur.

Wir können nicht entscheiden, ob der Gläubiger, an welchen diess Rescript gerichtet ist, die zweite oder eine folgende Stelle an dem bestrittenen Pfande einnahm. Beides ist möglich, und in beiden Fällen kann die Confirmation erfolgen; jedoch wird das dritte Pfandrecht durch Oblation an den Erstberechtigten nur dann confirmirt, wenn der zweite bereits abgefunden war. — Das Resultat ist folgendes: Jede Oblation bewirkt successio in locum dimissi, aber nicht jede successio eine confirmatio desjenigen Pfandes, kraft dessen offerirt wurde; vielmehr wird dazu die Vereinigung der sämmtlichen vorgehenden Pfandrechte erfordert.

13. Die Oblation bewirkt successio in locum, die successio hinwieder confirmatio pignoris, sobald nur überhaupt alle Vorgänger abgefunden sind. Aber wie folgt diese aus jener? Wie kommt es, dass die successio des Zweiten in das Pfandrecht des Ersten eine Bekräftigung des schlechtern pignus hervorbringt? Haben wir doch gesehen, dass die Succession den ungeänderten Fortbestand des Rechtes neben blossem Wechsel der Person des Berechtigten enthält. Der Zusammenhang ist folgender: *die Vereinigung zweier ursprünglich getrennter Pfandrechte in einer Person hebt die Beschränkungen des ordo unter denselben auf; eine Collision kann nicht weiter vorkommen. Das zweite nimmt an dem Vorzug des ersten Theil, ist mithin in den ersten Rang erhoben.* Diese Wirkung äussert

2) Diese Worte wurden mit Hilfe eines argumentum a contrario zum Beweis der Oblation des schlechtern an den bessern Pfandgläubiger benützt. Dagegen siehe besonders Linde, in der Zeitschrift für Civilrecht und Process B. V. S. 296.

sich für die Klage und das Verkaufsrecht in derselben Weise. Die beiden Pfandklagen des Offerenten werden zu einer einzigen verbunden, die aber nun beide Schuldsummen gleichmässig umfasst. Ebenso spricht man nicht von zwei getrennten Verkaufsrechten, sondern von einer einzigen Veräusserung für beide Forderungen zugleich. Wir berufen uns für den Beweis dieser Sätze auf die beiden oben abgedruckten Fragmente aus Marcians liber singularis ad formulam hypothecariam, Fr. 12. § 6. Qui pot. und Fr. 5. pr. De distr. pign. Das erste spricht von der Klage, das zweite von dem Verkauf. Dort heisst es: secundo creditori res tenetur tam in suum debitum quam in primi creditoris, hier: secundus creditor venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit. Also *eine* Klage und *ein* Verkaufsrecht, aber die Forderung um den Betrag der Oblationssumme erhöht; mit einem Worte: für die Klage und das Verkaufsrecht tritt nun dasselbe Verhältniss ein, als hätte das Pfandrecht des offerirenden Gläubigers von Hause aus beide Summen umfasst. Das zweite Pfand wird also in dem vollsten Sinne des Worts zu dem Range des ersten erhoben, und diese Erhebung ganz treffend als confirmatio pignoris bezeichnet.[1]) Dadurch bewährt sich zugleich die Richtigkeit unserer obigen Behauptung, wonach das dritte oder ein noch späteres Pfandrecht nur durch die Vereinigung *aller* vorgehenden Pfandrechte confirmirt werden kann. Die Erhebung zu dem ersten Rang muss ja an dem Rechte eines unbefriedigt gebliebenen Mittelmannes nothwendig scheitern.

Die Erhebung des zweiten Pfandrechtes zur Theilnahme an den Vorzügen des ersten Ranges wird in unsern Quellen als Erwerb der Verkaufsbefugniss dargestellt.[2]) Man könnte ver-

---

[1]) Man hat den Begriff der confirmatio pignoris gewöhnlich ganz unbestimmt und vag ausgedrückt. So sagt Mühlenbruch, Cession. S. 483. n. 571: confirmatio pignoris heisst bloss: der Gläubiger kann jetzt von seinem Rechte einen bessern Gebrauch machen, freier und ungehinderter über das Pfandobject verfügen.

[2]) L. 8. C. qui pot. Diversis temporibus eadem re duobus iure pignoris obligata, eum, qui prior data mutua pecunia pignus accepit, potiorem haberi, certi ac manifesti iuris est, *nec alias secundum creditorem distrahendi*

sucht sein, auch diese Ausdrucksweise als Beweis der dem nachstehenden Gläubiger vor der Oblation fehlenden Verkaufsbefugniss geltend zu machen. Allein der Sinn ist ein ganz anderer, nämlich das Verkaufsrecht des *ersten* Gläubigers wird von dem Offerenten noch zu seinem eigenen hinzu erworben und mit diesem zu einem einzigen, unanfechtbaren verbunden.

14. Die Confirmation des dritten oder eines noch spätern Pfandrechts verlangt die Vereinigung aller vorgehenden Rechte in einer Person. Von diesem Satze giebt es folgende Ausnahme. *Ein dem spätern Gläubiger günstiges Urtheil steht der successio in locum victi gleich.* Ein Beispiel wird diess klar machen. Tertius tritt mit der hypothecaria gegen Primus auf und trägt durch die Schuld des Richters über den besser berechtigten Vorgänger den Sieg davon, darauf offerirt er dem Secundus und tritt in dessen Recht ein. Jetzt ist auch die confirmatio tertii pignoris eingetreten, und zwar eingetreten, ohne dass der Dritte in das Recht des Ersten eingerückt wäre; denn das ergangene Urtheil erzeugt nur eine exceptio rei iudicatæ, keine successio in locum. Die Bekräftigung des dritten Pfandrechts ist also hier das Resultat einer successio und einer exceptio, beziehungsweise replicatio rei iudicatæ. Durch jene ist der zweite Gläubiger, durch diese der erste überwunden.[1]) Der Dritte kann also jetzt zum Verkauf schreiten, und aus dem Erlös neben seiner eigenen ursprünglichen Forderung auch noch die des Secundus vorwegnehmen; die hyperocha fällt dem Primus zu, der in Folge des Urtheils in die dritte Stelle zurücktritt.

Der Satz, dass das zwischen Tertius und Primus ergangene Urtheil nur eine exceptio rei iudicatæ, keine successio in

---

potestatem huius pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas.

1) War der spätere Pfandgläubiger nicht Kläger, sondern Beklagter, so steht ihm, wenn später der zuerst abgewiesene Kläger besitzt, keine replicatio rei iudicatæ zur Seite, der Erste ist also hier nicht überwunden, und daher dieser Fall der successio in locum nicht gleichzustellen. Vgl. Fr. 19. De exc. rei iud. (XLIV. 2.)

hen, sobald Tertius Kläger und nicht, wie in dem Falle des Paulus, Beklagter war. Aber die Folgerung läugnen wir: wir stellen die Entstehung einer successio in locum in Abrede und legen jedem Urtheile ohne Rücksicht auf die Partheirollen eine blosse exceptio, beziehungsweise replicatio rei iudicatæ bei. Das verlangt die Natur des Urtheils. Aber auch dem circulus inextricabilis kann ein Ende gemacht werden, und zwar durch ein sehr einfaches Mittel, durch die Oblation an Turbo. Ist dieser abgefunden, so bleibt Niemand, der dem Dritten seinen Besitz bestreiten und sein Verkaufsrecht durch Eviction vernichten könnte. Das Pfandrecht des Tertius ist confirmirt und Eutychiana hat nur auf den Ueberschuss aus dem Erlös nach Tilgung der zweiten und dritten Forderung Anspruch.

An diesem Verhältniss wird auch dann nichts geändert, wenn zuerst Turbo der Eutychiana offerirt, und hinterher erst Tertius dem Turbo. Denn auf Turbo geht das Rechtsverhältniss der Eutychiana mit allen seinen Qualitäten über. Turbo wird also selbst nicht mehr Rechte in Anspruch nehmen können, als in der Person der Eutychiana begründet waren.

So wie unter den Pfandgläubigern, so ist auch unter den Käufern jener circulus inextricabilis ohne die Ausübung des ius offerendi unvermeidlich. Veräussert Eutychiana, so kann Tertius, veräussert Tertius, dann Turbo den Käufer mit der Pfandklage evinciren, und dieser Kreislauf dauert fort, bis Tertius dem Turbo offerirt und auf diese Weise sein Pfand bekräftigt.

Im Resultat geben wir also jenen Kreislauf zu, aber wir behaupten, dass dadurch die Annahme einer successio in locum nicht gerechtfertigt werden kann, dass vielmehr das ius offerendi dem Sieger ein Mittel an die Hand giebt, demselben ein Ende zu machen und seinen Sieg zu nützen.

15. Die successio in locum dimissi, welche wir als die eigentliche nächste Folge der Oblation dargestellt haben, wird von vielen Schriftstellern alter und neuer Zeit als eine Cession der Forderung und des Pfandes aufgefasst. Zuerst verlangte

man sogar eine wirkliche Abtretung,[1]) später hielt man dieselbe für überflüssig und den Quellen zuwider, wollte aber den Begriff der Cession dennoch nicht aufgeben, sondern liess nun das Gesetz die Stelle der förmlichen Uebertragung vertreten und sprach in Folge dessen von einer gesetzlich angenommenen Cession, mit andern Worten, von einer Cession, die sich stillschweigend an das Factum der Oblation anschliesse. Diese Auffassung ist heute noch die herrschende.[2]) Aber auch sie hat in den Quellen keine Begründung. Nirgends sprechen die römischen Juristen von einer Cession, überall von einer successio in locum, und diese ist ein ebenso selbstständiger Rechtsbegriff als jene; sie ist ihr gleich, nicht ihr untergeordnet. Und wozu überhaupt eine solche Reduction? In jedem Theile des römischen Rechts finden sich eigenthümliche Bildungen, die aus sich selbst entspringen, ihre Grundlage nur in sich haben und keineswegs nach dem Vorbilde anderer Institute geschaffen sind. Der Reichthum dieser Erscheinungen darf nicht auf die Armuth eines einzigen Begriffs zurückgeführt werden. Vor einem solchen meisternden, völlig unhistorischen Verfahren kann nicht genug gewarnt werden. Wir haben es erlebt, dass die Lehre von dem status der Freiheit auf die Grundsätze des Eigenthums zurückgeführt, das Pfandrecht selbst als die persönliche Verpflichtung einer Sache dargestellt wurde; man hat sich von der Verkehrtheit dieser Zusammenstellung überzeugt. Aber nicht weniger tadelnswerth ist die Reduction der successio in locum auf den Begriff der cessio; auch sie muss aufgegeben und die Selbstständigkeit beider Lehren neben einander anerkannt werden. Dazu fordert uns namentlich das Beispiel Tryphonins auf.[3]) Dieser Ju-

[1]) So besonders Haubold a. a. O. p. 595. unter Berufung auf den in Fr. 11. De reg. iur. (L. 17.) enthaltenen Satz: Id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.

[2]) Mühlenbruch, Cession. S. 483. Linde, Zeitschrift für Civilrecht und Process. B. V. S. 191. 192. Bopp, Archiv für die civilistische Praxis. B. XV. S. 377. Puchta, Pandecten. § 213.

[3]) Fr. 12. § 12. De capt. et de postl. (XLIX. 15.) S. oben in diesem Abschnitt § 10.

rist sieht in der successio in locum dimissi den Ausdruck einer völlig selbstständigen constitutio iuris civilis und nimmt sie folgerichtig auch da an, wo eine cessio gar nicht möglich ist, weil weder eine persönliche Forderung noch eine Pfandklage vorliegt, nämlich bei der Abfindung des redemtor von Seite eines Pfandgläubigers aus der Zeit des frühern Eigenthümers. Auch hier kommt die successio in locum dimissi zur Anwendung. Der Offerent erhält dasselbe Recht, welches dem redemtor eingeräumt war, also das pignus in corpore redemti, welches aber in seiner Person nach stattgehabtem Pfandverkauf auf dem Wege der Compensation zur Befriedigung führt.

Die Selbstständigkeit der successio in locum gegenüber der Cession einer Forderung äussert sich in mehrern sehr wesentlichen Verschiedenheiten beider. Die Cession zeigt den Fortbestand der Forderung bei dem Cedenten, dessen persönliche Verhältnisse auch noch auf das Recht des Cessionars ihren Einfluss ausüben.[4]) Die successio ist dagegen mit dem völligen Untergang der Forderung und des Pfandrechts in der Person des ersten Gläubigers verbunden. Die Schuld ist durch Solution getilgt, nicht anders als hätte der debitor selbst gezahlt. Daher sprechen die römischen Juristen ganz allgemein von einer dimissio creditoris,[5]) daher nennen sie die actio hypothecaria eine inutilis, d. h. eine solche, deren wesentliche Bedingung mit dem Angebot der Solution weggefallen ist;[6]) daher spricht endlich Tryphonin geradezu von einer liberatio pignoris.[7]) Endlich ist von einer Fortwirkung der persönlichen Verhältnisse des abgefundenen Gläubigers nirgends die Rede.

Die Gründe, welche für die Annahme einer Cession vorgebracht worden sind, halten eine genauere Prüfung nicht aus. Vor allem beruft man sich auf die Natur des Pfandrechts als

---

4) Mühlenbruch, Cession. § 48.

5) Z. B. L. 3. C. de his qui in prior. Fr. 16. Qui pot. Paulus S. R. II. 13. § 8. — Ueber den Sinn von *dimittere* kann kein Zweifel sein. S. Dirksen, Manuale. s. v. § 5.

6) Fr. 11. § 4. Qui pot.

7) Fr. 12. § 12. De capt. et de postl. — — habet obligationem — — in eam summam, qua eum (sc. servum redemtum) liberavit —.

eines Forderungsrechts. Ferner werden die vielen oben zusammengestellten Fragmente angeführt, in welchen von einem Eintritt des Offerenten in das Recht des abgefundenen Gläubigers die Rede ist.[8]) Der erste dieser Gründe hat keinen Anspruch auf Widerlegung; der zweite geht von der völlig ungegründeten Annahme aus, dass der Eintritt in das Recht eines andern immer nur durch eine Cession, ausdrückliche oder stillschweigende, vermittelt werden könne. Aber eben dieser Satz ist unrichtig. Den Uebergang des Rechtes geben auch wir zu, darüber kann gar kein Streit entstehen, die Quellenzeugnisse sind zu bestimmt. Aber ob nun dieser Uebergang als Cession aufzufassen sei oder nicht, das ist die Frage, und diese kann natürlich durch die Hervorhebung der nackten Thatsache des Ueberganges selbst nicht gelöst werden. Auf diesem Wege könnte man am Ende auch beweisen, dass der Uebergang der Forderung auf den Erben auf einer stillschweigenden Cession beruhe. Man brauchte nur zu sagen: sehr bestimmt werde ja in den Quellen anerkannt, dass der Erbe an die Stelle des Erblassers trete und nur gerade das Recht erhalte, welches dieser gehabt habe, — und der Beweis müsste als geleistet angenommen werden. Allein man wird entgegnen: der Eintritt in das Recht eines Andern kann auch auf andere Art als blos durch Cession vermittelt werden: es giebt auch eine successio in ius defuncti und diese ist von jener völlig unabhängig. Ebenso entgegnen wir nun: der Eintritt in das Forderungsrecht des Gläubigers ist auf verschiedene Arten herbeizuführen: zunächst durch Cession; aber ausserdem giebt es noch eine successio, zwar nicht in ius defuncti, aber in ius dimissi und diese successio hat ihre eigenen Voraussetzungen, ihre eigenen Regeln, ihre eigenen Wirkungen, und ist mit einem Worte von der Cession ebenso unabhängig und ebenso verschieden als die successio in ius defuncti.

Wenn wir endlich bei Mühlenbruch[9]) die Behauptung lesen, der Offerent müsste nothwendig nicht nur von dem ange-

[8]) Besonders Fr. 16. Qui pot.

[9]) Cession. S. 484.

botenen Capital, sondern auch von den angebotenen Zinsen wiederum Zinsen verlangen können, wenn mit seinem Gelde der Gläubiger zwar befriedigt wäre, allein auf eine Art, wodurch zwischen ihm und dem Schuldner ein neues Obligationsverhältniss entstände, so kann dieser Einwurf nur diejenigen treffen, welche wie Gustav Bernhard Becmann[10]) den Untergang des alten Rechtsverhältnisses und die Entstehung eines neuen annehmen. Von einer solchen quellenwidrigen Behauptung sind wir aber sehr weit entfernt. Das alte Rechtsverhältniss dauert fort, nur die Person des Berechtigten wechselt. Daher wird auch dem successor nicht mehr geleistet als der dimissus würde fordern können, niemals Zins vom Zins;[11]) daher ist endlich von einer utilis actio des Nachfolgers hier so wenig die Rede als bei dem Erben.

Wir läugnen übrigens nicht, dass der erste Gläubiger dem zweiten Forderung und Pfand cediren könne; er kann diess an seinen Hintermann so gut als an irgend einen dritten völlig Unberechtigten,[12]) und zu einer solchen Cession wird er dem bonæ fidei possessor der Pfandsache, welcher ihn mit seinem Geld befriedigte, selbst gesetzlich verpflichtet:[13]) aber wenn die Cession auch vorkommt und unter Umständen gefordert werden kann, so ist doch damit noch nicht erwiesen, dass nun die successio ebenfalls auf sie zurückgeführt werden muss. Vielmehr treten hier dieser Auffassung neue Hindernisse in den Weg. Die Cession von Seite des befriedigten

---

10) Diss. de successione creditoris in alterius et suum ipsius locum § 18., angeführt von Mühlenbruch, Cession. S. 482.

11) Fr. 12. § 6. Qui pot. L. 22. C. de pign. et hyp. — Bei dem Mandat und der negotiorum gestio steht es anders: Fr. 37. De usuris. (XXII. 1.) Fr. 12. § 9. Mand. (XVII. 1.) Fr. 3. § 1. De contr. tut. et ut. act. (XXVII. 4.)

12) Fr. 5. § 2. Quib. mod. pign. solv.

13) Fr. 19. Qui pot. Wenn hier Papinian respondirt: posse videri non iniustum postulare, so lässt er sich offenbar durch das in mehrern einzelnen Fällen erkennbare Prinzip leiten, wonach jeder, welcher nach der Strenge des Rechts eine Schuld bezahlt, die gar nicht oder nur zum Theil als die seinige zu betrachten ist, Cession der Forderung gegen den wirklichen Schuldner oder den Mitschuldner verlangen kann. Ueber die einzelnen Fälle siehe Mühlenbruch, Cession. S. 412. ff. Ueber die Unterscheidung zwischen iustus und iniustus possessor derselbe, Cession. S. 416.

Gläubigers an den Pfandbesitzer wird nämlich mit Hilfe der Annahme eines Forderungskaufs und daher nur so lange aufrecht erhalten, als das Geschäft der äussern Form einer emtio venditio nicht untreu wird. In allen übrigen Fällen, also namentlich dann, wenn das mandatum actionum erst beträchtliche Zeit nach der Zahlungsleistung erfolgt, gilt die Forderung selbst als getilgt, die Cession daher als unmöglich.[14]) Diese Theorie ist auf die successio des Offerenten völlig unanwendbar; denn die äussere Form eines Forderungskaufes lässt sich hier schon desshalb nicht herstellen, weil von Leistung und Gegenleistung gar keine Rede ist. Und doch müsste man die Annahme eines Forderungskaufs nothwendig auch auf die Oblation anwenden, bewirkte diese nichts anderes als eine gewöhnliche, wenn auch stillschweigende Cession. Denn sonst wäre ja die Forderung selbst getilgt, und die Cession schon desshalb eine Unmöglichkeit. So gelangen wir zu folgender Schlussfolgerung: die Zahlung von Seite des Offerenten tilgt die Forderung des abgefundenen Gläubigers; eine Cession ist daher nur dann noch denkbar, wenn die geleistete Zahlung als Kaufpreis, das ganze Geschäft als Forderungskauf aufgefasst werden kann. Diese Auslegung aber ist hier unmöglich. Mithin ist der Gesichtspunkt der Cession nicht durchführbar. Die successio unterliegt keinen ähnlichen Schwierigkeiten; denn hier ist der Fortbestand des Rechts von dem Wechsel der Person des Inhabers gänzlich unabhängig.

16. Die Succession in das Rechtsverhältniss des bessern Gläubigers vermittelt die Confirmation des nachstehenden Pfandes. Sie ist daher ausschliesslich mit dem ius offerendi ver-

---

14) Diese Sätze werden nicht gerade für die Cession der Forderung von Seite des befriedigten Gläubigers an den abzufindenden Pfandbesitzer, aber doch für andere ganz ähnliche Fälle in unsern Quellen ausgesprochen. Insbesondere sind hier folgende Fragmente wichtig: Fr. 21. De tut. et rat. distr. (XXVII. 3.) Fr. 76. De solut. (XLVI. 3.) Vgl. L. 2. C. de contr. iud. tut. (V. 58.) über contutores — Fr. 36. De fideiuss. et mandat. (XLVI. 1.) über confideiussores. Ueber diese Stelle siehe unten in diesem Abschnitt § 19. a. — Fr. 5. pr. De cens. (L. 15.) über mehrere tributpflichtige Landeigenthümer.

bunden. Daneben aber giebt es nun noch eine zweite, weniger vollständige Art der Nachfolge, eine successio, die nicht den Uebergang des ganzen Rechtsverhältnisses bewirkt, sondern ein in der Person des successor selbstständig begründetes Recht voraussetzt und dieses nun mit den Vorzügen eines frühern Pfandes ausrüstet. Mit Hilfe einer solchen Succession wird derjenige Gläubiger, welcher dem Schuldner Geld leiht,[1]) oder demselben den Verkauf eines andern pignus gestattet,[2]) damit ein Pfandberechtigter abgefunden werde,[3]) nicht nur in die persönlichen Privilegien,[4]) sondern auch in die Priorität und das Verkaufsrecht des Abgefundenen substituirt, sobald er sich nur selbst an demselben Gegenstand ein Pfandrecht bestellen lässt.[5]) Mit dem Darlehn steht der Kauf der Pfand-

---

[1]) Fr. 3. Quæ res pign. Fr. 12. § 8. Qui pot. L. 1. C. de his qui in prior.

[2]) Fr. 12. § 9. Qui pot.

[3]) Das muss ausdrücklich verabredet sein; die Abfindung allein erzeugt kein Recht. Fr. 3. Quæ res pign. L. 3. C. de his qui in prior.

[4]) Fr. 2. De cess. bon. (XLII. 3.) Fr. 24. § 3. De reb. auct. iud. (XLII. 5.)

[5]) Dass auch die successio in locum ausdrücklich verabredet werde, wie man aus Fr. 12. § 8. Qui pot.: et locum eius subeat, und aus L. 1. C. de his qui in prior.: sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur et in locum eius succedat, schliessen wollte, ist nicht nöthig. Fr. 3. Quæ res pign. übergeht diese zweite Bedingung mit Stillschweigen, und die andern Stellen geben, wie Puchta (Pandecten. § 213. b.) treffend sagt, die übereinstimmende Intention des Erfolgs als Voraussetzung an. Nicht ohne Bedeutung für unsere Frage und doch allgemein übersehen ist folgendes Fragment aus Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam in Fr. 12. De reb. eor. qui sub tut. (XXVII. 9.) Non fit contra senatusconsultum, si cuius tutor creditori patris pupilli exsolvit, *ut eius loco succedat*. Die oratio des Kaisers Severus, welche den Tutoren und den Curatoren die Veräusserung oder Verpfändung der Grundstücke ihrer Pflegbefohlenen untersagt Fr. 1. De reb. eor., wurde nach der Sitte der damaligen Zeit durch ein S. C. bestätigt. Auf diess S. C. bezieht sich die vorliegende Bemerkung Marcians. Die Sachlage ist folgende: Der Vormund befriedigt mit seinem Geld einen Gläubiger des verstorbenen Vaters seines Mündels, in der Absicht, mit seiner eigenen Forderung in das freigewordene Pfand einzurücken. Ist diess mit dem S. C. verträglich? Man könnte sagen, der tutor bestelle sich hier ein neues Pfand, handle also gegen das Verbot des Senats. Allein zu gleicher Zeit tilgt er das alte, bringt also seinen Mündel in keinen Nachtheil, und das genügt. Fr. 7. §§ 5. 6. D. eod. Das Pfand ist also giltig und wie das eines dritten Darleihers mit den Vorzügen des abgefundenen ausgestattet. Sollen wir aber nun annehmen, diese successio müsse besonders verabredet werden? Die Worte: *ut eius loco suc-*

sache zum Behuf der Abfindung eines Gläubigers auf gleicher Linie. Ja hier bedarf es nicht einmal einer besondern Pfandbestellung; das Eigenthum vertritt deren Stelle. In beiden Fällen wird auch schon eine theilweise Abfindung des frühern Pfandgläubigers den Uebergang der Priorität herbeiführen, jedoch nur soweit, als die Befriedigung reicht.[6]) Der nothwendige Erfolg hievon ist die Theilnahme Beider an derselben Priorität nach Maasgabe ihrer Forderung. In diesem Punkte unterscheidet sich die Succession der zweiten Art sehr wesentlich von der vollkommenern des offerens. Die Untheilbarkeit des Pfandrechts bewirkt die Fortdauer desselben bis zur völligen Befriedigung des Inhabers. Der Offerirende kann also nur gegen das Angebot des ganzen Schuldbetrags zur Succession gelangen. Die Oblation einer Quote hat keine Wirkung. Die Priorität dagegen ist nicht in derselben Art untheilbar. Sie kann auch stückweise auf den neuen Gläubiger oder den Käufer der Pfandsache übergehen. Darüber lässt das Zeugniss des Paulus in Fr. 17. Qui pot. keinen Zweifel.

Wer die Zurückführung der pfandrechtlichen Succession auf die Lehre von der cessio einer Forderung vertheidigt, dem wird es wohl schwer fallen, seine Erklärung auch bei dieser unvollständigen Art der Nachfolge durchzuführen. Sowohl die Forderung als die Pfandklage hat ihren Ursprung in einem selbstständigen Vertrag des zweiten Gläubigers, und nicht in einer Cession. Die Vorzüge der Priorität und der Verkaufsbefugniss aber sind gar keine cessibeln Gegenstände. Auch dadurch werden wir also auf die Selbstständigkeit der pfandrechtlichen Succession hingeführt. Wenn aber diese für die

---

cedat scheinen diess zu fordern. Allein auch sie sind ohne Gewicht. Auch sie bezeichnen den Rechtserfolg der Abzahlung als Intention des Zahlenden, und das hier um so entschiedener, da die eigenthümliche Stellung des Vormunds jeden Gedanken an einen ausdrücklichen Vertrag von vorn herein ausschliesst.

6) Fr. 17. Qui pot. (Paulus libro VI. responsorum) Eum, qui a debitore suo prædium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit. Was von dem Käufer gilt, muss auch von dem Gläubiger gelten. Fr. 3. § 1. De distr. pign. (Papinianus libro III. responsorum.)

zweite unvollständigere Art derselben anerkannt werden muss, warum sollte sie nicht auch für die successio in omne ius gerechtfertigt sein?

Beide Arten der Succession, sowohl die vollkommene in omne ius als die unvollkommene in einzelne Vorzüge eines frühern Pfandrechts, verbinden mit der Fortdauer des Rechtsverhältnisses den Wechsel der Person des Berechtigten. Dabei blieb man jedoch nicht stehen. Man sprach auch von einer successio creditoris in suum locum und verband diese Wirkung mit jeder freiwilligen [7]) Novation, bei welcher die frühern Pfänder für die neue Forderung vorbehalten wurden,[8]) gleichviel ob allein[9]) oder in Verbindung mit andern,[10]) ob mit[11]) oder ohne Wechsel der Person des Schuldners. Sollte man nun hier etwa eine Cession des Gläubigers an sich selbst annehmen?

17. Für die sämmtlichen bisher behandelten Successionsarten entsteht die Frage, in welchem Umfang das Rechtsverhältniss des frühern Pfandgläubigers auf den spätern übertragen wird? Gehen alle mit dem Pfandvertrag verbundene Nebenberedungen auf den successor über? Unsere Quellen antworten bejahend:

Paulus libro III. quæstionum.

In Fr. 3. Quæ res pignori.

— — Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed quum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus, an dici possit: huc usque

---

7) Von der novatio necessaria sprechen Fr. 29. De novat. (XLVI. 2.) Fr. 13. § 4. De pign. et hyp.

8) Fr. 11. § 1. De pign. act.

9) Fr. 21. pr. Qui pot.

10) Fr. 3. pr. Fr. 12. § 5. Qui pot.

11) Fr. 30. De novat. (XLVI. 2.) Die Worte: ita ut a prima obligatione in universum discederetur, sagen nur, es sei hier von einer Novation, nicht von der Hinzufügung einer neuen Verpflichtung etwa in der Person eines Bürgen die Rede.

transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus ei liceat? Quod admittendum existimo; *sæpe enim, quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest.*

Was von der Verkaufsberedung gilt, das findet ohne Zweifel auch bei andern Nebenverträgen, z. B. bei der lex commissoria, Anwendung. Selten aufgeworfen ist die Frage, wie es mit dem Uebergang des Pfandrechts an mehreren Sachen oder an einem ganzen Vermögen steht? Setzen wir den Fall, Primus habe für seine Darlehnsforderung die beiden Grundstücke A und B, Secundus dagegen nur das erstere, A, zum Pfand erhalten. Wird nun die Oblation des zweiten Pfandgläubigers das Pfandrecht beider Grundstücke, oder nur das des Grundstücks A übertragen? Die römischen Juristen berühren diese Frage nicht; aber sie hätten ohne Zweifel den Uebergang beider Pfandrechte, und bei der Verpfändung eines ganzen Vermögens den an allen Gütern angenommen. Die Oblation führt ja nur einen Personenwechsel herbei, das Rechtsverhältniss selbst bleibt unangetastet. So mag es kommen, dass der Offerent einzelne Gegenstände nur aus der Person eines Dritten, nicht auch aus eigenem Recht mit der hypothekarischen Klage vindiciren kann.

Anders steht es bei der unvollkommnern Successionsart des Gläubigers. Dieser succedirt ja nicht in das Pfandrecht als solches, sondern muss sich dasselbe in einem besondern Vertrag bestellen lassen.

18. Für die Ausübung des ius offerendi ist die Art des vorgehenden Pfandrechts, ebenso Besitz oder Nichtbesitz oder irgend ein persönliches privilegium[1]) völlig gleichgiltig. Auch das stillschweigende, auch das gesetzliche Pfand wird der Oblation des Nachfolgers unterworfen. Die staatsrechtliche obligatio bonorum ist mit dem privatrechtlichen pignus zu einem Systeme verschmolzen. Ebenso ist es gleichgiltig, ob der Vordermann sein Recht aus einem eigenen Vertrag, oder aus der Succession in die Stelle eines Andern ableitet. Auch dem

[1]) L. 4. C. de his qui in prior.

successor kann wieder succedirt werden, und hierbei ist zwischen der Nachfolge in das ganze Rechtsverhältniss und der unvollkommenen in die einzelnen Vorzüge eines Besserberechtigten kein Unterschied. Ja diess findet sogar auf den succedirenden Käufer Anwendung.[2]) Hier haben wir einen Fall, in welchem selbst das Eigenthum die Oblation des Nachfolgers nicht auszuschliessen vermag, und da sei wieder die Frage erlaubt, wie es wohl mit der Durchführung der Cessionsidee aussieht? Der Käufer hat weder eine persönliche Forderung noch ein Pfandrecht. Was soll da cedirt werden? Die Succession dagegen findet auch hier ihren Gegenstand, sie bewirkt den Uebergang des in der Person des Käufers bestehenden Rechtsverhältnisses, welcher Art auch immer diess gewesen sein mag.

19. Unsere Quellen nennen noch zwei andere Fälle, in welchen einem emtor offerirt werden kann. Dahin gehört die kaufsweise Uebertragung der Pfandsache auf den zahlenden Bürgen[1]) und die Veräusserung derselben von Seite des bessern an den nachstehenden Gläubiger.[2]) Allein diese Rechtsverhältnisse haben von dem Kauf nichts als den Namen, sie können daher mit dem Fall des Fr. 3. § 1. De distr. pign. nicht zusammengestellt werden. Um den Unterschied beider Klassen von emtores klar zu machen, sind wir genöthigt, das Verhältniss des fideiussor und das des zweiten Gläubigers gesondert zu betrachten.

a) Der Kauf des Pfandes von Seite des fideiussor.

Der Gläubiger, welcher von einem unter mehrern Bürgen für seine ganze Forderung befriedigt wird, ist dem zahlenden fideiussor zur Abtretung seiner Klagen gegen die befreiten Mitbürgen verpflichtet. Dagegen erhebt sich jedoch das Bedenken,

---

[2]) Fr. 3. § 1. De distr. pign. Die Schlussworte: nihil enim interest, debitor pignus datum vendiderit, an denuo pignori obliget, weisen auf den Fall zurück, in welchem mit dem Geld eines neuen Gläubigers der Verabredung gemäss ein früherer abgefunden wird, also auf den Hauptfall der unvollkommenen Succession.

[1]) Fr. 2. Fr. 5. § 1. De distr. pign. Vgl. Fr. 2. Fr. 26. pr. De pign. et hyp. L. 2. C. de fideiuss. (VIII. 41.) — Fr. 59. § 1. Mandati. (XVII. 1.)

[2]) Fr. 5. § 1. Fr. 6. D. eod.

ob denn nach der vollen Befriedigung des Gläubigers überhaupt noch eine Forderung übrig ist, also überhaupt noch eine Cession gedacht werden könne. Nach der Strenge des Rechts ist dieser Einwurf richtig, die Cession durch die Zahlung unmöglich geworden. So steht der Jurist in der Mitte zwischen zwei Rechtssätzen, die völlig unvereinbar erscheinen, und doch gleichen Anspruch auf Anerkennung in sich tragen. Die Cession der Klage an den Mitbürgen ist anerkannte Pflicht. Auf der andern Seite kann nicht in Abrede gestellt werden, dass durch Solution die Forderung getilgt, mithin ihre Abtretung unmöglich gemacht wird. Wie soll man sich hier helfen? Paulus stellt folgendes Raisonnement auf: «Weil die Entgegennahme der Zahlung die Verpflichtung zur Cession der Forderung erzeugt, so kann sie unmöglich zu gleicher Zeit den Untergang derselben herbeiführen. Man muss also von vornherein den Satz annehmen, der Gläubiger *habe* die Forderung, eben weil er zur Abtretung derselben gezwungen wird. Daraus ergiebt sich aber weiter, dass die geleistete Zahlung unmöglich eine solutio debiti gewesen sein kann, sie war etwas ganz Anderes, nämlich die Leistung eines Kaufpreises; denn das ganze Geschäft war in der That nichts Anderes, als ein Forderungskauf, so weit wenigstens für die Mitbürgen gezahlt wurde.»

Paulus libro XIV. ad Plautium.

In Fr. 36. De fideiuss. et mandat. (XLVI. 1.)

Cum quis et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia præstat actiones, poterit quidem dici, nullas iam esse, quum suum perceperit, et perceptione liberati sint; sed non ita est; non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut præstet actiones.

Die Schlussworte dieser Stelle sind von Anton Faber[3]) gänzlich missverstanden worden. Nach seinem Dafürhalten muss es heissen: et ideo quia habet actiones, tenetur ad id ipsum, ut præstet actiones. Man könne doch offenbar nur aus

[3]) Coniectur. iur. civ. XI. 9.

dem Haben auf die Verpflichtung zur Abtretung, unmöglich von der Verpflichtung zur Abtretung auf das Haben schliessen. Paulus ist ganz anderer Ansicht. Er sagt umgekehrt: wen das Recht zur Cession einer Klage verpflichtet, dem muss es vor Allem die Klage selbst lassen; ihm stimmt auch Julian bei, der in ähnlichen Fällen dieselbe Schlussfolgerung aufstellt,[4]) und die mandati actio schon dadurch gerechtfertigt findet, dass ihre Cession verlangt werden kann.

Das Verhältniss dieses Grundsatzes zu der Annahme des Forderungskaufes lässt eine doppelte Auffassung zu. Vielleicht wollte Paulus zwei selbstständige Argumente mit einander verbinden, da wo das eine ohne das andere schon genügt hätte. Nach dieser Auffassung ist die Stelle ungefähr so zu umschreiben: die Klage dauert fort, erstens weil die Zahlung dem Kaufpreis, nicht der cedirten Forderung gilt, überdiess aber, weil die Cession gesetzlich verlangt werden kann. Wahrscheinlicher ist es indess, dass diese beiden Argumente selbst in einem innern Zusammenhange unter einander stehen, und folgendem Gedankengang angehören: die geleistete Zahlung ist als Kaufpreis für die abgetretene Forderung aufzufassen, denn als debiti solutio kann sie schon desshalb nicht gelten, weil eine Klage, deren Cession gesetzlich vorgeschrieben ist, unmöglich untergegangen sein kann. Hiernach ruht die Annahme des Forderungskaufs auf der Unmöglichkeit des Unterganges einer der Cession unterworfenen Forderung, der erste Theil der Argumentation wird durch den zweiten gerechtfertigt.

Paulus spricht ausschliesslich von mehrern Mitbürgen. Aber ganz dasselbe gilt von dem Verhältniss zwischen Bürgen und Pfändern. Der fideiussor muss dem Gläubiger nur gegen Abtretung seines Pfandanspruchs Zahlung leisten.[5]) Auch hier konnte man entgegnen: durch die Zahlung des Bürgen ist die Forderung getilgt und mit ihr das Pfandrecht, diess kann da-

[4]) Fr. 14. pr. § 1. Mandati. (XVII. 1.)

[5]) L. 2. C. de fideiuss. et mandat. (VIII. 41.) Creditori, qui pro eodem debito et pignora et fideiussorem accepit, licet, si malit, fideiussorem convenire in eam pecuniam, in qua se obligavit. Quod cum facit debet ius pignorum in eum transferre — —.

her unmöglich cedirt werden. Aber auch diesem Einwurf gilt die Argumentation des Paulus: diejenige Klage, deren Abtretung gesetzlich vorgeschrieben ist, kann unmöglich untergegangen sein: daher darf auch die Zahlung nicht als debiti solutio, sondern nur als Entrichtung des Kaufpreises aufgefasst werden. Kaufgegenstand aber ist die Pfandsache. So wird hier der Uebergang des Pfandrechts, wie dort der Uebergang der Forderung an die Mitbürgen vermittelt. Der fideiussor ist dem Namen nach Käufer, der Sache nach nichts weiter als Pfandcessionar. Er kann also nicht mehr Rechte in Anspruch nehmen als der Cedent hatte, ist mithin wie dieser der Oblation des schlechtern Pfandgläubigers unterworfen, dem Schuldner zur Rückgabe unter Prästation der culpa, wie ein vertragsmässiger Pfandbesitzer, verpflichtet, und endlich zu keiner andern Klage als zu der actio hypothecaria utilis berechtigt. Diese Sätze werden durch folgende Fragmente bestätigt:

Papinianus libro II. responsorum.

In Fr. 2. De distr. pignor.

Fideiussor conventus officio iudicis assecutus est, ut emtionis titulo prædium creditori pignori datum susciperet; nihilominus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendæ pecuniæ, quam fideiussor dependit, cum usuris medii temporis facultas erit; nam huiusmodi venditio, transferendi pignoris causa, necessitate iuris fieri solet.[6])

Die necessitas iuris besteht eben in der Unmöglichkeit, das Pfandrecht, dessen Uebergang auf den fideiussor bewerkstelligt werden soll, auf andere Weise als durch die Vermittelung eines Verkaufs der Pfandsache aufrecht zu erhalten.

Papinianus libro III. responsorum.

In Fr. 2. De pign. et hyp.

Fideiussor, qui pignora vel hypothecas suscepit, atque ita pecunias solvit, si mandati agat, vel cum eo agatur, exemplo

[6]) Fr. 5. § 1. D. eod. — Diese translatio pignorum wurde nicht nur zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner, sondern ebenso auch zwischen mehrern solidarisch Verpflichteten zugelassen. L. 13. C. de loc. et cond. (IV. 56.) Alle diese Fälle rechtfertigen sich auf dieselbe Weise und sind ganz wie die Bürgschaft zu beurtheilen.

creditoris etiam culpam æstimari oportet, ceterum iudicio, quod de pignore dato proponitur, conveniri non potest.

Der Sinn dieses responsum wird durch unsere obige Entwicklung erläutert. Nur über Einzelnes sind noch einige Bemerkungen beizufügen.

Papinian lässt das Pfand *vor* der Zahlung auf die Bürgen übertragen, ein Zeitverhältniss, das durch die Worte: atque ita pecunias solvit, über allen Zweifel erhoben wird. Dieser Umstand ist nicht gleichgiltig. Wir haben schon früher hervorgehoben, dass die Annahme eines Forderungskaufs zwischen dem zahlenden Bürgen und dem befriedigten Gläubiger nur so lange gerechtfertigt erscheint, als das Verhältniss von Leistung und Gegenleistung, Zahlung und Abtragung der Forderung, der äussern Form einer emtio venditio nicht untreu wird.[7]) Daher ist es am besten, wenn das mandatum actionum vor der Zahlung erfolgt; daneben wird jedoch auch die blosse Verabredung des Mandats, oder wenn die Partheien selbst diese versäumten, auch noch eine unmittelbar der Zahlung folgende Cession anerkannt.[8]) — Dasselbe Zeitverhältniss ist auch zur Aufrechterhaltung des Pfandverkaufs an den Bürgen erforderlich. Beide Fälle der emtio venditio ruhen ja auf derselben necessitas iuris. Desshalb eben lässt Papinian die Uebertragung des Pfandes der Zahlungsleistung voraufgehen, wie diess ja auch bei dem Forderungskauf der regelmässige Fall ist.

Eine zweite Bemerkung bezieht sich auf die mandati actio, mit welcher der Schuldner die Rückgabe der Pfandsache von dem Bürgen erzwingt. Sie vertritt nämlich in dieser Anwendung die Stelle der pignoraticia in personam actio, deren Formel die Uebergabe zum Pfande, das pignus datum voraussetzt, mithin nur gegen den Gläubiger selbst, nicht auch gegen den Bürgen durchgeführt werden kann. Die gleiche mandati actio kommt auch dann zur Anwendung, wenn der fideiussor die von dem Gläubiger zum Verkauf gebrachte Pfandsache selbst

---

7) S. oben in diesem Abschnitt § 15. n. 14.

8) Fr. 76. De solut. (XLVI. 3.) Vgl. die § 15. n. 14. angeführten Stellen.

ersteht.[9]) Die bona fides, worauf das ganze Mandatsverhältniss beruht, rechtfertigt die Annahme, es sei nicht für eigene Rechnung, sondern für den Schuldner angekauft worden. Es bedarf aber kaum der Erwähnung, dass in dieser zweiten Mandatsklage von dem Vorbilde der pignoraticia keine Rede sein kann. Der Bürge hat hier durch seinen Kauf das Eigenthum und nicht etwa nur unter der Form des Eigenthums das Pfandrecht erworben. Die actio mandati als Stellvertreterin der pignoraticia in personam ist wie diese von der Tilgung der durch das Pfand versicherten Forderung abhängig. Hier tritt aber das eigenthümliche Verhältniss ein, dass bald an den Bürgen, bald an den Gläubiger gezahlt wird, an jenen, sobald er den Gläubiger abfand, an diesen, sobald der Bürge seinerseits mit der Zahlung zurückblieb.

Modestinus libro IV. responsorum.

In Fr. 26. pr. De pign. et hyp.

Fideiussor impetravit a potestate, ut et ante, quam solveret, pignora ipse possideat, quasi satisfacturus creditoribus, nec satisfecit; modo heres debitoris paratus est solvere creditoribus. Quæro: an pignora fideiussor restituere cogendus sit? Modestinus respondit: cogendum esse.

Nach der Ansicht Modestins wird der Bürge auch dann zur Zurückgabe der auf ihn übertragenen Pfänder angehalten, wenn der Schuldner nicht ihm, sondern dem Gläubiger Zahlung leistet. Der Grund dieser Entscheidung liegt auf der Hand. Es ist offenbar völlig gleichgiltig, ob der Bürge für die geleistete Zahlung Ersatz erhält, oder selbst von der Pflicht der Leistung entbunden wird.

Die hypothecaria utilis des kaufenden Bürgen findet sich in folgender Stelle:

L. 11. C. de fideiuss. et mandat. (VIII. 41.)

---

9) Fr. 59. § 1. Mandati. (XVII. 1.) Paulus respondit: fideiussorem, qui rem pignoris iure obligatam a creditore emit, mandati iudicio conventum ab herede debitoris, ablato (vulgata: oblato) omni debito, restituere cum fructibus cogendum, neque habendum similem extraneo emtori, quum in omni contractu bonam fidem præstare debeat.

Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum, qui una fideiussit, non competit. Potuisti sane, quum fisco solveres, desiderare ut ius pignoris, quod fiscus habuit, in te transferretur, et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. Quod et in privatis debitis observandum est.

Der fiscus war in der Regel für alle seine Forderungen durch Pfänder und Bürgen zugleich versichert. So auch in dem Falle, auf welchen sich das vorliegende Rescript des Kaisers Alexander bezieht. Wenn nun Einer der mehrern Bürgen den Gläubiger ganz befriedigt, so ist ihm ein doppelter Anspruch eröffnet: er kann einerseits die Cession der Klage an den Mitbürgen, andererseits die Uebertragung des Pfandrechts verlangen, und diese beiden Rechte beschränken einander gegenseitig.[10]) Zu diesem Resultat führt die Verbindung der beiden oben getrennt behandelten Fälle. Die vorliegende Stelle scheint jedoch damit nicht vereinbar. Der Kaiser will die Forderung gegen den Mitbürgen nicht zulassen und nichts weiter anhören als das Gesuch um Abtretung des Pfandrechts. Der Widerspruch lässt sich jedoch auf sehr einfache Weise heben. Die Fassung des Rescripts wurde ohne Zweifel durch die Fassung der Anfrage bestimmt. Diese enthielt offenbar folgende zwei Punkte: Hat der zahlende Bürge auch ohne Cession eine Klage gegen den befreiten Mitbürgen? Antwort: Nein. Kann derselbe Bürge die Uebertragung des Pfandrechts verlangen? Antwort: Diess Recht stand ihm zur Zeit der Zahlungsleistung allerdings zu. Man sieht, wie unrichtig es wäre, dem Kaiser die Meinung unterzuschieben, als könne die Abtretung der Forderung nicht auch verlangt werden. Darüber

10) Mühlenbruch, Cession. S. 479 spricht von dieser Stelle so, als wäre das Pfand, dessen Cession verlangt wird, von dem Bürgen bestellt. Allein der Fall ist offenbar ein anderer: der fiscus hat ein Pfandrecht an dem Vermögen des Schuldners und überdiess noch besonders bestellte Bürgen. Daher sind zwei getrennte Cessionen erforderlich, die des Pfandrechts und die der Forderung an den befreiten Mitbürgen, und daher kann aus dieser Stelle wenigstens die Nothwendigkeit einer besondern Cession des Pfandrechts neben der der persönlichen Klage, zu welcher jenes gehört, nicht abgeleitet werden.

war gar nicht angefragt; darüber erfolgte daher auch keine Antwort. Die Uebertragung des Pfandrechtes enthält eine Cession der Pfandklage. Wenn von dieser in der Mehrzahl die Rede ist (cessis actionibus), so wird dadurch nur die Mehrzahl der Pfandgegenstände selbst angedeutet; denn nur die Pfandklage ist Gegenstand der Uebertragung, nicht auch die persönliche Schuldklage, zu welcher jene ursprünglich gehörte.[11])

Wir haben oben die völlig gleiche Behandlung des Forderungskaufs und der Pfandübertragung zu Gunsten des zahlenden Bürgen hervorgehoben und dieselbe findet ohne Zweifel in der ganzen bisherigen Darstellung die vollste Bestätigung. Hier soll nun noch auf einen Unterschied beider aufmerksam gemacht werden. Die Cession der Forderung wird nämlich unter allen Umständen durch die Zahlung der verbürgten Schuld begründet; nicht so das Gesuch um Uebertragung der Pfandsache; diess verlangt unter Umständen noch mehr als die Tilgung der verbürgten Schuld, nämlich überdiess noch die Abtragung aller andern durch dasselbe Pfand versicherten Forderungen desselben Gläubigers.

L. 2. C. de fideiuss. et mandat. (VIII. 41.)

— — Sed cum in aliam quoque causam eadem pignora vel hypothecas habet obligatas, non prius compellendus est transferre pignora quam omne debitum exsolvatur.

Diese Entscheidung der Kaiser Severus und Antoninus bedarf keine besondere Rechtfertigung. Sie wird durch die Billigkeit geboten. Der Anspruch des Bürgen auf Pfandübertragung erscheint nur in so weit gerechtfertigt, als die Stellung des Gläubigers nicht beeinträchtigt wird. Uebrigens ist zu bemerken, dass zwischen der selbstständigen Begründung eines

11) Der Beweis hiefür liegt schon darin, dass immer nur die Pfandsache selbst, nicht etwa die persönliche Forderung als Kaufobject genannt wird. Diess ist besonders wichtig, wenn das Pfand für eine naturalis obligatio bestellt ist; es ergiebt sich nämlich, dass die Natur der zu Grunde liegenden Obligation für die Uebertragung des pignus ohne alle Bedeutung ist. Dieselbe Entscheidung giebt Mühlenbruch, Cession. S. 442—444 gegen Weber, von der natürlichen Verbindlichkeit. § 107 und § 114 ff., aber aus Gründen, die gar nicht zur Sache gehören.

zweiten Pfandrechts und der successio in locum in diesem Punkte kein Unterschied besteht.

b) Die Veräusserung des Pfandes von Seite des Erstberechtigten an einen nachfolgenden Gläubiger.

Der nachstehende Pfandgläubiger kann die Pfandsache auf zwei Arten in sein Eigenthum erwerben. Durch den Kauf von dem Schuldner, ebenso durch den von dem erstberechtigten Pfandinhaber. In beiden Beziehungen ist er dem dritten völlig fremden Käufer gleichgestellt. In einem einzigen Fall tritt ein Unterschied ein. Wird nämlich die Sache von dem Gläubiger zum Verkauf gebracht, und von dem zweiten oder einem noch fernern Pfandinhaber wenigstens um den Betrag der ersten Forderung erstanden, so gilt der Kauf als ein Mittel, das schlechtere Pfandrecht des Käufers aufrecht zu erhalten, und bewirkt, dieser Auslegung zufolge, nicht sowohl den Uebergang des Eigenthums als vielmehr, wie die Oblation, die Nachfolge in das Recht des abgefundenen bessern Gläubigers. Daher kann denn auch einem solchen Käufer sowohl von Seite der nachstehenden Gläubiger als von dem Schuldner Zahlung angeboten werden. In diesem Punkt stimmt der Kauf von Seite des nachfolgenden Pfandgläubigers mit dem von Seite des Bürgen überein. Im Uebrigen sind beide Verhältnisse verschieden. Der Bürge wird Cessionar, der nachfolgende Pfandgläubiger dagegen successor. Von dem Recht der Oblation sprechen folgende Fragmente:

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

In Fr. 5. § 1. De distr. pignor.

Si secundus creditor vel fideiussor, soluta pecunia, pignora susceperunt, recte eis offertur, quamvis emtionis titulo ea tenuerunt.

Modestinus libro VIII. regularum.

In Fr. 6. D. eod.

Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam acquirendi dominii, quam servandi pignoris sui causa intelligitur pecuniam dedisse, et ideo offerri ei a debitore potest.

Die Zusammenstellung des zweiten Gläubigers mit dem

Bürgen zeigt deutlich, dass die volle Befriedigung des ersten Gläubigers vorausgesetzt wird, und diese Bedingung liegt auch dem Zusatz soluta pecunia zu Grunde. Modestinus spricht allerdings nicht so deutlich als Marcian, aber die Absicht der servatio pignoris kann doch unmöglich demjenigen Käufer untergeschoben werden, dessen Gebot nicht einmal zur Tilgung der ersten Forderung hinreicht. In einem solchen Fall also gilt der kaufende Gläubiger wirklich als Eigenthümer, das ius offerendi daher als erloschen. Uebrigens bedarf es kaum der Bemerkung, wie wenig Werth selbst die Fortdauer dieses Rechts für den spätern Gläubiger sowohl als für den Schuldner haben würde.

Wie der Kauf von Seite des nachstehenden Pfandgläubigers, so wird auch die Assignation der Pfandsache an einen von mehreren gleichzeitigen Pfandberechtigten von Seite des Theilungsrichters ausgelegt.[12])

20. Mit den beiden eben behandelten Fällen: dem Kauf von Seite des fideiussor und dem von Seite eines nachstehenden Pfandgläubigers darf die Veräusserung der Pfandsache von Seite des Eigenthümers an den erstberechtigten Gläubiger nicht zusammengestellt werden. Eine äussere Aehnlichkeit ist freilich nicht in Abrede zu stellen. Der Käufer hat ausser dem Eigenthum auch noch gewisse Befugnisse, welche auf die Erhaltung des Pfandrechts in seiner Person zu deuten scheinen: er fordert von dem nachstehenden Gläubiger Befriedigung für seine eigene Forderung und ist der actio hypothecaria desselben nur gegen die Oblation des ganzen Schuldbetrags unterworfen.[1]) Allein unter dieser äussern Aehnlichkeit ist ein seiner juristischen Natur nach völlig verschiedener Fall verborgen.

---

12) Fr. 7. §§ 6. 12. comm. div. (X. 3.)

1) L. 1. C. si antiq. credit. pign. vend. (VIII. 20.) Si vendidisset, qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. Quum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit, vel vendiderit, non magis tibi persecutio ademta est, quam si aliis easdem res debitor vendidisset. Sed ita persequens res obligatas audieris, si, quod eidem possessori propter præcedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.

Der Käufer ist hier wirklicher Eigenthümer, nicht etwa unter dem Namen eines Eigenthümers blosser Pfandgläubiger. Ja sein früheres Pfandrecht ist durch Satisfaction[2]) getilgt, und kann folglich nicht mehr als Schutzwehr gegen die actio hypothecaria des zweiten, jetzt ersten Pfandgläubigers gebraucht werden. Nichts desto weniger wäre es im höchsten Grade unbillig, wenn der Erstberechtigte *nach* dem Kauf geringeren Schutz geniessen sollte als *zuvor*, er wird also jetzt mit Hilfe einer doli exceptio dieselbe Leistung erzwingen, welche ihm früher durch die Exception der Pfandpriorität gesichert war. Man sieht, der Käufer ist nicht zugleich Pfandgläubiger, noch viel weniger unter dem Namen eines Käufers *blosser* Pfandgläubiger; er ist wirklicher Eigenthümer, aber gegen die Pfandklage eines spätern Gläubigers so geschützt, wie vor dem Kauf zur Zeit des blossen Pfandrechts. Die Oblation wird daher nicht etwa den Kaufpreis, sondern stets die ursprünglich versicherte Schuldsumme umfassen[3]) und dem Offerenten auf diesen Betrag eine successio in locum dimissi begründen.

21. Als Beendigungsarten des ius offerendi werden in unsern Quellen der Verkauf von Seite des erstberechtigten Pfandgläubigers und die Verjährung genannt. Hierüber zum Schluss folgende Bemerkungen.

Von dem Verkauf spricht Papinian im dritten Buch der Responsen:

Fr. 3. pr. De distr. pignor.

Cum prior creditor pignus iure conventionis vendidit, secundo creditori non superesse ius offerendæ pecuniæ, convenit.

Der Grund dieser Entscheidung kann nicht zweifelhaft sein. Mit dem Verkauf von Seite des Erstberechtigten erlöschen alle spätern Pfandrechte. Die Bedingungen der Pfandklage sind auch jetzt noch alle vorhanden, aber die Klage selbst wird denegirt und der Käufer auf diese Weise vor der Eviction ge-

[2]) Nicht durch die Vereinigung mit dem Eigenthum, denn diese ist der actio hypothecaria gar nicht im Wege. Oben Abschnitt III.

[3]) Mag diese grösser oder geringer sein als der Kaufpreis: quod eidem possessori *propter præcedentis contractus auctoritatem* debitum est.

schützt.[1]) Mit der Klage müssen aber nothwendig alle andern Befugnisse wegfallen.

Der Verkauf von Seite eines nachstehenden Pfandberechtigten hat nicht dieselbe Wirkung. Die Pfandklagen der übrigen dauern fort, mit ihnen daher auch das ius offerendi. Der Verkaufende selbst kann es sich freilich nicht einfallen lassen, den eigenen Verkauf anzufechten.[2]) Aber das ius offerendi zur Abfindung des Vorgängers, mithin zur Bekräftigung seiner eigenen Veräusserung, steht ihm auch jetzt noch zu Gebot.

Die Verjährung des ius offerendi wurde durch ein Gesetz des Kaisers Justinian[3]) auf die Verjährung der Pfandklage zurückgeführt. So wie der nachstehende Gläubiger unter Berufung auf einen 30 oder 40jährigen Besitz die actio hypothecaria des besser Berechtigten abweisen kann,[4]) so soll umgekehrt auch der besser Berechtigte gegen das ius offerendi des Hintermanns durch einen gleichen Zeitablauf in seinem Besitz geschützt werden. Hienach kann über die Ausdehnung und Bedeutung dieser Verjährung kein Zweifel obwalten. Sie schützt den Besitz des vorgehenden Pfandgläubigers, fällt also überall weg, wo ein solcher Besitz gar nicht vorliegt. Daher ist das ius offerendi als solches gar keiner Verjährung unterworfen, sondern nur insofern es gegen den Besitz des Vorgängers gerichtet wird. Besitzt der Offerirende selbst, so wird er auch nach Ablauf der vierzig Jahre seinem Vorgänger giltig Zahlung anbieten, sobald diess zur Confirmation seines Rechtes noch erforderlich ist.

22. Wir wenden uns nunmehr zur Betrachtung desjenigen Falles, in welchem die mehrern Pfandrechte von einem blossen Besitzer, sei er bonæ oder malæ fidei possessor, be-

---

[1]) L. 1. C. si antiq. cred.

[2]) Fr. 10. De distr. pign.

[3]) L. 7. §§ 2. 3. C. de præscr. XXX. (VII. 39.)

[4]) Zu Lebzeiten des Schuldners durch dreissig, nach dessen Tod durch vierzig Jahre. L. 7. § 2. C. c.

stellt wurden.[1]) Die hier entstehenden Verhältnisse nehmen eine verschiedene Gestaltung an, je nachdem der Mangel des Eigenthums in der Person des Verpfänders fortdauert oder durch spätern Erwerb entfernt wird. Demnach muss die folgende Darstellung zwischen zwei Zeiträumen unterscheiden: dem Zeitraum vor der Convalescenz, und dem Zeitraum nach Eintritt derselben.

Zuerst nun von dem Verhältniss der mehrern Pfandgläubiger vor dem Eintritt der Convalescenz.

Am einfachsten steht die Sache, wenn der Verpfänder gar kein Recht an dem Pfandobject hatte, sondern dasselbe als prædo besass. Der Gläubiger erhält hier keine Pfandklage, und wenn er auch wohl durch Veräusserung zu seiner Befriedigung gelangen kann, so geschieht diess doch nur occasione nicht iure pignoris.[2]) Ein Pfandrecht kommt also gar nicht zur Entstehung, von den Beschränkungen der Rangordnung kann daher keine Rede sein, und somit fällt auch die Bedeutung der Oblation mit ihren Folgen, der successio in locum dimissi und der confirmatio pignoris von selbst weg. Hieran wird auch die bona fides des offerirenden Gläubigers nichts ändern. Die Oblation von Seite dessen, der an dem Eigenthum des Verpfänders nicht zweifelt, bleibt wie jede andere ohne Wirkung. Es ist so gut, als hätte irgend ein Dritter an der Stelle des Schuldners gezahlt, und es wird daher nicht einmal die persönliche Klage auf den Zahlenden übertragen.[3]) Anders gestalten sich die Verhältnisse, wenn die mehrern Pfandgläubiger ihr Recht von einem bonæ fidei possessor ableiten. Jeder der verschiedenen Creditoren erhält eine Pfandklage, wenn auch nicht diejenige, welche wir oben[4]) schlecht-

[1]) Natürlich werden hier von den res alienæ die res debitæ, so wie die Gegenstände eines Generalpfandes ausgeschlossen. Diese unterliegen besondern Regeln.

[2]) S. oben Abschnitt VIII.

[3]) L. 5. C. de sol. et lib. (VIII. 43.) Nulla tibi adversus creditorem alienum actio superest eo, quod ei debitam quantitatem offerens, ius obligationis in te transferri desideras, quum ab eo te nomen comparasse non suggeras, licet solutione ab alio facta nomine debitoris evanescere soleat obligatio.

[4]) II. § 16. am Ende.

weg die bonitarische genannt haben, so doch die serviana mit publicianischem Recht. Diese Klage reicht so weit als die publiciana des Verpfänders, sie kann also gegen jeden Besitzer, ja unter Umständen mit Hilfe einer replicatio doli auch gegen den Eigenthümer selbst durchgeführt werden.[5])

Wie stehen nun diese mehreren Pfandklagen zu einander? Antwort: Auch hier wird eine Rangordnung angenommen, und zwar wiederum nach Maassgabe der Zeitfolge, wie bei der bonitarischen serviana. Diess Prinzip hebt Paulus in Fr. 14. Qui pot. ausdrücklich hervor.[6]) In Folge hievon muss der spätere Gläubiger nicht nur dem Eigenthümer, sondern überdiess auch dem frühern Gläubiger weichen, überall, wo er mit ihm zusammentrifft. Dadurch gelangt nun das ius offerendi wieder zu Bedeutung und wir zweifeln nicht, dass es unter den publicianischen Pfandgläubigern ebenso wie unter den bonitarischen und mit denselben Wirkungen, der successio in locum dimissi und der confirmatio pignoris, zugelassen wurde.[7]) Nur muss man sich hiebei stets erinnern, dass der Offerent nie mehr erlangen kann, als was der Abgefundene in seiner Person hatte, dass mithin auch die Confirmation das publicianische Pfand niemals zu dem vollen bonitarischen erhebt.

Der Offerent vereinigt nun in seiner Person zwei Pfandklagen, die ohne Zweifel in ähnlicher Art wie unter bonitarischen Pfandinhabern zu einer einzigen verbunden werden können.[8])

So viel über die Klage. Wie steht es nun mit der Veräusserungsbefugniss? Wir haben oben schon nachgewiesen, dass rücksichtlich des Verkaufsrechts kein Unterschied zwischen

---

[5]) Zusammenstellung der hieher gehörigen Fälle oben. II. § 16. n. 18.

[6]) Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pignoraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.

[7]) Die Stellen, welche wir in diesem Abschnitt § 11. zusammengestellt haben, sprechen so allgemein, dass eine Beschränkung auf den vollen Eigenthümer mit Ausschliessung des bonæ fidei possessor nicht gerechtfertigt erscheint.

[8]) Oben in diesem Abschnitt § 13.

dem von einem bonæ fidei possessor und dem von einem prædo bestellten Pfandrechte Statt findet. In dem einen wie in dem andern Fall kann es zwar kommen, dass der Pfandinhaber durch die Veräusserung seine Befriedigung erhält, aber beide Male geschieht diess nur occasione, nicht iure pignoris.[9]) Eben so wenig wird das Eigenthum übertragen, sondern höchstens die bonæ fidei possessio begründet, sofern der Käufer die Bedingungen derselben in seiner Person erfüllt, und auch in diesem Punkte stehen sich die beiden Fälle ganz gleich. Hieraus ergiebt sich, dass die successio in locum von Seite eines publicianischen Pfandgläubigers auf die Pfandklage beschränkt ist; denn da die Verkaufsbefugniss gänzlich fehlt, so kann sie auch kein Gegenstand der Uebertragung sein.

Alle diese Sätze folgen mit Nothwendigkeit aus den in unserer frühern Darstellung entwickelten Principien. Ausdrückliche Belege sind in unsern Rechtsquellen nicht zu finden

233. Der Eintritt der Convalescenz bewirkt wesentliche Veränderungen in den Rechtsverhältnissen der mehrern Pfandgläubiger. Um diese gehörig zur Anschauung zu bringen, ist es vor allen Dingen nöthig, die Bedingungen und die rechtliche Natur der Convalescenz selbst darzustellen.

Es ist öfters hervorgehoben worden, dass das in bonis des Verpfänders eine Hauptbedingung der Pfandklage ist. Wo diese fehlt, da ist der Besitz gesichert, er bedarf keiner Exception gegen die Klage des Gläubigers; die Klage selbst kann nicht durchgeführt werden.[1]) Dieser Satz kommt auch dann zur Anwendung, wenn der Verpfänder selbst besitzt, ja sogar wenn er inzwischen Eigenthümer geworden ist. Denn die actio pignoraticia verlangt das in bonis zur Zeit der Convention, das spätere ist ihr ganz gleichgiltig.[2]) Nach der

---

9) Oben Abschnitt VIII.

1) Ich hebe diess darum besonders hervor, weil Meyer, über die Verpfändung einer fremden Sache, im Archiv für die civilistische Praxis B. IX. No. 12. von einer exceptio: si res non aliena fuerit, spricht, und dadurch seiner ganzen Darstellung eine durchaus falsche Richtung gibt.

2) Fr. 15. § 1. De pign. et hyp. Fr. 23. De prob. et præs. (XXII. 3.)

Strenge dieser Grundsätze sieht sich der Pfandgläubgier von der Pfandklage ausgeschlossen und auf die pignoraticia in personam contraria zur Erlangung einer Entschädigung[3]) beschränkt, gleichviel übrigens ob der Verpfänder in gutem oder in schlechtem Glauben besass, ob er also in der Person des Gläubigers eine publicianische serviana begründete oder nicht.[4])

Was die Formel vorschrieb, das schien die Billigkeit zu verwerfen. Zwar für den Fall des blossen Besitzes von Seite des Verpfänders konnte sich der Gläubiger mit seiner persönlichen Entschädigungsforderung und mit der publicianischen serviana, sofern ihre Bedingungen erfüllt waren, begnügen; hier fand man sich zu keiner Neuerung veranlasst. Aber wenn dem Verpfänder inzwischen das Eigenthum erworben war, so durfte er sich dem Gesuch des Gläubigers um Ertheilung einer utilis pignoraticia in rem nicht widersetzen. Er hätte sonst die Giltigkeit seines eigenen Pfandvertrages angefochten und sich auf diese Weise unzweifelhaft der Arglist schuldig gemacht. Der prätor stand denn auch in der That nicht an, dem Gläubiger zu willfahren und ihm eine utilis pignoraticia,[5]) oder nach dem Ausdrucke Diocletians eine utilis persecutio exemplo pignoraticiæ[6]) zu ertheilen. Die Formel derselben ist uns nicht erhalten. Ihr Inhalt kann gleichwohl nicht zweifelhaft sein; die Thatsachen, auf welche sie sich stützen musste, sind die Pfandconvention und das zur Zeit der Klage bei dem Verpfänder vorhandene Eigenthum. Hieraus lässt sich nun auch der Umfang dieses neuen Rechtsmittels mit Sicherheit ableiten. Es verlangt das Eigenthum in der Person des Verpfänders zur Zeit der Klaganstellung, ist mithin in folgenden zwei Fällen unanwendbar: erstens, wenn das Eigenthum des

---

3) In welcher auch die in gutem Glauben gezahlte Oblationssumme einbegriffen sein wird; denn die actio pignoraticia contraria soll den Gläubiger «indemnis» machen. Fr. 9. pr. Fr. 16. § 1. Fr. 32. — Fr. 31. Fr. 43. pr. De pign. act.

4) Wenigstens sprechen die n. 3. angeführten Stellen ganz allgemein von res alienæ, ohne zwischen bonæ und malæ fidei possessio zu unterscheiden.

5) Fr. 41. De pign. act. Fr. 1. pr. Fr. 22. De pign. et hyp.

6) L. 5. C. si aliena res.

Verpfänders vor der Klaganstellung sein Ende erreicht; zweitens, wenn nicht der Verpfänder, sondern erst dessen Erbe das Eigenthum erwirbt. In beiden Fällen würde es an einem dolus des Beklagten fehlen: denn dieser dolus setzt die Vereinigung beider Thatsachen, des Abschlusses der Pfandconvention und der Fortdauer des Eigenthums, in einer Person voraus und kann niemals dem blossen Eigenthümer vorgeworfen werden, selbst dann nicht, wenn dieser nebenbei den Verpfänder beerbt. — Eine Ausnahme ist jedoch hier unbedenklich zuzulassen. Hat nämlich der neue Erwerber die Verpfändung von Seite seines Autor gekannt, und dennoch erworben, so würde auch er der Arglist schuldig sein, wollte er sich hinterher dem Gesuch um die utilis pignoraticia widersetzen.

In dem Bisherigen haben wir angenommen, dass der Pfandgläubiger, welcher eine utilis pignoraticia verlangt, den Verpfänder für den Eigenthümer der Pfandsache ansah, mit andern Worten, dass er selbst in gutem Glauben stand. Es versteht sich ja von selbst, dass der, welcher den Mangel in dem Recht des Verpfänders kennt, niemals über Betrug klagen, daher auch niemals ein ausserordentliches Rechtsmittel zu seinem Schutze anrufen kann. Dagegen wird er sich, wenn selbst im Besitz, gar wohl gegen die Vindication des Verpfänders oder eines Nachfolgers desselben zu schützen vermögen, denn dazu bedarf es nur der Verweisung auf die Pfandconvention, nicht auch des Beweises einer giltigen Verpfändung.

24. Alle diese Sätze, wie sie hier ihrem innern Zusammenhang nach dargestellt worden sind, finden in den Quellen ihre vollste Bestätigung.

L. 5. C. si aliena res (VIII. 16.)

Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. Eutychio.

Quum res, quæ necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est, sed tamen æquitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoraticiæ detur.

Diess Rescript wird zunächst dadurch merkwürdig, dass es die pignoraticia ordinaria offenbar in Beziehung auf ihre Formel, insbesondere auf die Worte derselben: *in bonis debitoris* für unanwendbar erklärt, und dagegen die pignoraticia utilis auf die Billigkeit zurückführt. Dadurch erhält unsere obige Darstellung eine beinahe wörtliche Bestätigung. — Ueberdiess aber wird nicht undeutlich darauf hingewiesen, dass die Fortdauer des Eigenthums in der Person des Verpfänders zur Zeit der Klaganstellung unerlässliche Bedingung ist, ein Punkt, welcher durch das unten zu erläuternde Fragment 9. § 3. Qui pot. über allen Zweifel erhoben wird.

Paulus libro III. quæstionum.

In Fr. 41. De pign. act. (XIII. 7.)

Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus eius rei esse cœpisti; datur utilis actio pignoraticia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres exstitero; hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori; neque utique sufficit ad competendam utilem pignoraticiam actionem, eundem esse dominum qui etiam pecuniam debet: Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur.

Hier werden die Erfordernisse der utilis pignoraticia mit klaren Worten angegeben und auf einen einzelnen Fall angewendet. Der Eigenthümer muss den Pfandvertrag selbst in seiner Person abgeschlossen haben, ohne diess würde der Widerstand gegen die Impetration einer utilis pignoraticia keine Unredlichkeit enthalten, und nicht zu verwerfen sein. Hieraus ergiebt sich, dass der Gläubiger zwar wohl gegen den Verpfänder, der hinterher Eigenthümer wird, nicht aber umgekehrt gegen den Eigenthümer, der hinterher Erbe des Verpfänders wird, gehört werden darf. Damit der Widerstand als betrüglich von der Hand gewiesen werden kann, genügt es nicht, dass derselbe von dem Schuldner ausgehe; es ist dazu vielmehr erforderlich, dass er von demjenigen, der zuerst den Pfandvertrag schloss, erhoben werde.

Gegen diese Darstellung des Paulus hört man wohl öfters den Einwurf, ob denn der Erbe nicht für die Handlungen des Erblassers einstehe?[1]) Wir antworten darauf: Allerdings, und ebendesshalb sieht er sich der pignoraticia contraria ausgesetzt, mit welcher schon der Verpfänder selbst auf Schadloshaltung wegen Verpfändung einer fremden Sache belangt werden konnte. Aber die utilis pignoraticia in rem soll ja *zuerst* gegen den Erben zugelassen werden, indem der Erblasser noch gar nicht Eigenthümer war, und da kann die Frage nur die sein: ob sich der nunmehrige Beklagte in seiner Person durch den Widerstand des Betrugs schuldig macht? Darauf antwortet nun Paulus mit Nein: denn der Betrug liege eben darin, dass dieselbe Person den Pfandvertrag zuerst abschliesse, und nachher dessen Ungiltigkeit behaupte.

Anderer Meinung ist Modestin. Er geht weiter als Paulus, und lässt die utilis pignoraticia in rem auch gegen den blossen Eigenthümer zu, wenn dieser hinterher den Verpfänder beerbt.

Modestinus libro VII. differentiarum.

In Fr. 22. De pign. et hyp.

Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverat, heres exstitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoraticia dabitur creditori.

Die Versuche, Modestin mit Paulus zu vereinigen, sind sämmtlich misslungen und zum grossen Theil einer genauern Darstellung gar nicht werth.[2]) Man ist so weit gegangen, unter der utilis pignoraticia des Fr. 22. c. die contraria pignoraticia in personam zu verstehen,[3]) als könnte erst der Erbe des Verpfänders zur Entschädigung angehalten werden, oder wohl auch die Worte: ex postfacto, auf eine nachträgliche Einwilligung des Erben in die ungiltige Verpfändung von Seite des Erblassers zu beziehen,[4]) ohne zu bedenken, dass der Jurist selbst sein postfactum

[1]) Donellus, de pignoribus c. VII.

[2]) Diess gilt namentlich von der sehr unerschrockenen Textesänderung, welche sich Meyer in der oben erwähnten Abhandlung erlaubt hat. Auch Büchels Distinctionen (Natur des Pfandrechts S. 13. n. 30.) lassen sich nicht halten.

[3]) Donellus a. a. O.

[4]) Sintenis, Pfandrecht. § 16. S. 93.

in den Eingangsworten der Stelle erläutert und dadurch jede andere, zumal eine so völlig aus der Luft gegriffene Interpretation wie die angedeutete von vornherein verwirft. — Aber wozu überhaupt alle diese Vereinigungsversuche? Sind wir denn immer noch in dem unglücklichen Wahne befangen, die Hauptkunst des Juristen bestehe in der Vereinigung von Antinomien? Viel höher ist die Aufgabe, den innern Werth der einzelnen Meinungen zu ergründen und darnach zu wählen. Und ist diess etwa in dem vorliegenden Fall so schwer? Ich denke, Niemand wird das mindeste Bedenken tragen, der Ansicht des Paulus beizutreten und die Modestins zu verwerfen.[5])

Papinianus libro XI responsorum.

In Fr. 1. pr. De pign. et hyp.

— — In speciem — alienæ rei collata conventione, si non fuerit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quæsito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur; sed facilior erit possidenti retentio.

Der Gläubiger, welcher den Mangel des Eigenthums in der Person des Verpfänders kannte, wird zwar in dem Besitz der Pfandsache geschützt, aber gegen den Besitz des Verpfänders ohne rechtliche Hilfe gelassen. Der Grund dieses Unterschiedes ist oben schon hervorgehoben worden. Die Retention kann mit Hilfe einer doli exceptio, der Besitzerwerb nur durch eine Pfandklage herbeigeführt werden. Zu der actio pignoraticia utilis aber ist mehr erforderlich als zu der exceptio doli, zu jener nämlich der Beweis eines Betrugs, welcher durch die Wissenschaft des Gegners ausgeschlossen wird, zu dieser dagegen überhaupt nur irgend eine Unredlichkeit, daher auch ohne Zweifel die Geltendmachung der Vindication entgegen dem zuvor gegebenen Pfandversprechen, gleichviel ob der Gläubiger das wahre Sachverhältniss kannte oder nicht; denn dadurch wird die Unredlichkeit des Schuldners in keinem Fall verringert oder gar aufgehoben.

5) Die Schriftsteller, welche den Widerspruch anerkennen, giebt Glück, Erläuterung der Pandecten B. XIV. S. 35. 36., mit gewohnter Vollständigkeit.

Man hat auch hier wieder einen Widerspruch in unsern Quellen entdeckt. Die Retention des Pfandgläubigers, wie sie Papinian einräumt, soll folgender Regel widersprechen:

Modestinus libro VIII. regularum.

In Fr. 25. De pign. et hyp.

Cum vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locus non est, nec si bona creditoris ad fiscum pertineant.

Die Verpfändung von Seite eines Nichteigenthümers, sagt man, ist doch offenbar ein contractus vitiosus; wie kann sie denn nun eine Retention bewirken?[6]) Allein die Modestinsche Regel hat keinen so weiten Sinn, sie besagt nur Folgendes: ein Pfandvertrag, der zur Begründung der Pfandklage untauglich ist, wird auch die Pfandexception nicht rechtfertigen. Der Gläubiger kann also aus diesem Grund keine Retention in Anspruch nehmen. Damit aber sind andere Gründe nicht ausgeschlossen. Insbesondere bleibt die exceptio doli wirksam, selbst dann, wenn sich der dolus in der Anfechtung eines Pfandvertrags äussern sollte; denn auch hier ist es nicht der Pfandvertrag als solcher, sondern die auf ihn bezügliche Handlungsweise, die an ihm geoffenbarte Unredlichkeit des Verpfänders, auf welcher die Retention ruht, und diess ist gerade in dem Beispiel des Fr. 1. pr. c. der Fall.

Papinian spricht schlechtweg von einer utilis actio ohne den Beisatz pignoraticia.[7]) Donell vertheidigt hier wieder seine pignoraticia in personam contraria. Von dieser sage der Jurist, sie könne dem Gläubiger, der von dem fremden Eigenthum unterrichtet war, nur aus besondern Gründen ertheilt werden. Wir geben die Richtigkeit des Satzes selbst zu, wir gehen sogar noch weiter und behaupten, die pignoraticia contraria könne dem wissenden Gläubiger gar nie eingeräumt werden;[8]) aber wir behaupten eben so bestimmt, dass diess nicht der In-

---

[6]) Donellus a. a. O.

[7]) So auch in Fr. 1. De distr. pign.

[8]) Fr. 16. § 1. am Ende. De pign. act. — — Sed si sciens creditor accipiat vel alienum, vel obligatum, vel morbosum, contrarium ei non competit.

halt des papinianischen Fragments ist. Auf die Zulassung der pignoraticia contraria hat der nachfolgende Erwerb des Eigenthums an der Pfandsache keinen Einfluss;[9]) dagegen einen sehr bedeutenden auf die Zulassung der pignoraticia in rem, und diesen sucht Papinian in der angegebenen Weise festzustellen.

Die Reihe unserer Quellenzeugnisse schliesst das berühmte Fr. 3. § 9. Qui pot., welches unten in seinem Zusammenhang erläutert werden wird. Wir verdanken demselben den Beweis des oben entwickelten Satzes, wonach die pignoraticia utilis das Eigenthum des Verpfänders nicht überdauert, es müsste denn sein, dass der neue Erwerber von der Verpfändung Kenntniss hatte. Dieser Punkt ist nicht immer gehörig beachtet worden. Noch der Darstellung des Cuiacius[10]) liegt die Ansicht zu Grunde, als enthalte der spätere Erwerb des Eigenthums einen vollkommenen Ersatz seines frühern Mangels, als sei daher das spätere in bonis mit denselben Wirkungen ausgerüstet, welche das in bonis zur Zeit des Pfandvertrags begleiten. Dem ist nicht so. Das in bonis tempore contractus sichert die Durchführung der Pfandklage gegen den dritten Erwerber; ihm gegenüber ist jeder Eigenthumswechsel bedeutungslos. Der spätere Erwerb dagegen hat keine gleich allgemeine Wirkung. Die Convalescenz überdauert das Eigenthum in der Regel nicht. Es giebt hier einen gewissen Zeitraum, während dessen das ungiltig bestellte Pfandrecht zu Kraft gelangt. Diesen muss der Gläubiger benützen, um sich den Pfandbesitz noch zu rechter Zeit zu erwerben, bevor dem Schuldner die Veräusserung möglich wird. Später hat er kein Recht mehr, ebensowenig sein Käufer, welchem die Pfandklage cedirt wurde.[11])

Man hätte wohl weniger Mühe gehabt, sich mit diesen

---

9) Nur dass natürlich von Entschädigung keine Rede mehr sein kann, wenn der Gläubiger den Zeitraum der Convalescenz zur Ausübung der Pfandbefugniss anwandte.

10) Zu Fr. 9. § 3. Qui pot. opp. t. I. p. 1492.

11) Denn der Käufer hat nichts weiter zu verlangen. Fr. 13. De distr. pign.

Sätzen vertraut zu machen, wäre man stets von der Betrachtung der Pfand*klage* ausgegangen, und bei den nothwendigen Consequenzen ihrer Formelfassung stehen geblieben. Statt dessen gab man sich dem abstracten Begriffe des Pfand*rechts* hin, und vermochte nun allerdings nicht zu begreifen, wie die Convalescenz auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt, dasselbe Pfandrecht heute giltig und wirksam, morgen ungiltig und unwirksam sein könne. Daraus erklären sich denn Bemerkungen, wie die von Cuiacius und Westphal, ob also mit dem Eigenthum auch jede Wirkung desselben aufhören soll?[12]) Dergleichen Fragen ruhen offenbar auf der Ansicht, das Pfandrecht müsse überall dasselbe sein, gleichviel ob es von Anfang an giltig bestellt oder erst später zur Giltigkeit erhoben werde!

Nunmehr ist es auch ein Leichtes, auf den Einwurf des Donellus[13]) zu antworten, wonach die ganze Lehre von der Convalescenz des Pfandes mit der von Paulus in Fr. 29. De reg. iur. überlieferten Rechtsregel

> Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

in offenbarem Widerspruch stehen soll. Die Convalescenz, wie sie hier als unmöglich dargestellt wird, ist auch dem Pfandrecht fremd. Die Pfandklage erlangt durch den spätern Eigenthumserwerb keine Geltung, sie ist nach wie vor undurchführbar; das frühere Versäumniss wird niemals nachgeholt. Die pignoraticia utilis aber ist ein neues Rechtsmittel, das auf eigenthümlichen Voraussetzungen beruht und an ganz besondere Bedingungen geknüpft ist. Schwieriger, ja unlösbar wäre

---

[12]) Cuiacius a. a. O. «prætermittitur pars una, id est medium tempus (d. h. die Zeit der Eigenthumsdauer). Medio tempore pignus Mævii convaluit adquisito dominio mulieri.» — Westphal, Pfandrecht. § 170. S. 251. «Was Africanus in Fr. 9. § 3. Qui pot. von der ersten und letzten Zeit (d. h. vor dem Erwerb und nach dem Aufhören des Eigenthums der Titia) sagt, lässt sich hören. Dass er aber der mittlern Zeit gar vergisst, und bloss von diesen beiden Zeiten auf die völlige Ungiltigkeit der Verpfändung schliesst, ist eine Uebereilung. Die mittlere Zeit ist die Hauptsache, deren African doch gar nicht erwähnt.»

[13]) A. a. O.

diese Frage, wollten wir den Standpunkt der Pfand*klage* verlassen und uns dem abstracten Begriff des Pfand*rechts* gefangen geben. Unter diesem Gesichtspunkte gewinnt es allerdings den Schein, als komme eben dasselbe Recht, welches anfänglich ungiltig war, späterhin nach Entfernung des frühern Hindernisses zur Geltung, und durch diesen Schein liess sich Donellus täuschen.

25. Wie gestaltet sich nun das Verhältniss mehrerer Pfandgläubiger nach dem Eintritt der Convalescenz? Diese Frage wurde oben als die eigentliche Aufgabe des vorliegenden Paragraphen hingestellt. Wir gehen nunmehr an ihre Lösung.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Convalescenz für jeden der mehrern Pfandgläubiger in gleicher Weise eintritt. Jeder hat die pignoraticia in rem utilis; jeder wird den Verpfänder-Eigenthümer mit dieser Klage überwinden, dagegen seinem Vorgänger unterliegen. Die Regeln der Rangordnung treten auch hier ein. Daher kann das ius offerendi mit seinen Wirkungen: der successio in locum dimissi und der confirmatio pignoris, nicht fehlen. Die wirksame Ausübung derselben ist jedoch nothwendig an den Zeitraum der Convalescenz, d. h. an die Fortdauer des Eigenthums in der Person des Verpfänders geknüpft. Denn vorher hat der abgefundene Gläubiger selbst kein Recht, sein Nachfolger wird also durch die successio in locum auch keines gewinnen; und später ist wiederum alles Recht verloren, daher die successio auch hier ohne Gegenstand.[1]) Diese Bedingungen der Oblation empfehlen sich durch ihre innere Nothwendigkeit, sie werden aber auch durch das schon öfter erwähnte Fr. 3. § 9. Qui pot. aus Africans VIII. Buch der Quästionen bestätigt. Allerdings ist hier zunächst nur von der Abfindung des Vordermanns durch Bezahlung von Seite des Schuldners, nicht durch Angebot von Seite eines nachstehenden Pfandgläubigers die Rede.[2]) Allein die Wirk-

[1]) Beide Male wird auch von der Uebertragung der persönlichen Forderung keine Rede sein.

[2]) Ich weiss nicht, wie Sintenis, Pfandrecht. S. 90. zu der Annahme kommt,

samkeit beider muss nothwendig von denselben Bedingungen abhängen, und sobald die Abfindung des Erstberechtigten keine Wirkung hat, wenn sie von dem Schuldner ausgeht, so kann sie nicht mehr gelten, da wo sie von dem Gläubiger ausgeübt wird.

Titia prædium alienum Titio pignori dedit; post Mævio; deinde domina eius pignoris facta, marito suo in dotem æstimatum dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Mævii pignus convalescere placebat; tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, quum res in bonis debitoris inveniatur. In proposito autem maritus emtoris loco est, atque ideo, quia neque tunc, quum Mævio obligaretur, neque quum Titio solveretur, in bonis mulieris fuit, nullum tempus inveniri, quo pignus Mævii convalescere possit. Hæc tamen ita, si bona fide in dotem æstimatum prædium maritus accepit, id est si ignoravit, Mævio obligatum esse.[3])

Titia bestellt an einem ihr nicht zugehörenden Grundstück zuerst dem Titius, dann dem Mävius ein Pfandrecht. Darauf erwirbt sie das Eigenthum des Gutes, veräussert es aber alsobald wieder an ihren Mann. Zuletzt wird der erste Gläubiger Titius für seine Forderung befriedigt. Und nun entsteht die Frage, ob durch diese Abfindung das Pfandrecht des zweiten Gläubigers Mævius zu Kraft gelange. African antwortet mit Nein. Die Abfindung des Vorgängers, sagt er, bleibt für den Mævius ohne alle Bedeutung; denn sie geschah zu einer Zeit, da der Verpfänder sein Eigenthum bereits wiederum veräussert, Mævius also seine pignoraticia in rem utilis bereits wieder ver-

---

dass Titius mit Mævius Geld befriedigt wurde, noch weniger, welchen Einfluss dieser Umstand auf die Entscheidung Africans ausüben soll.

3) In den Basiliken (L. XXV. t. 5. Heimbach III. p. 80.) lautet die Stelle folgendermassen: *Ἀλλότριον ἀγρὸν ὑπέθετο μοι γυνή, καὶ μετ' ἐμὲ σοί. καὶ κυριεύσασα αὐτοῦ δέδωκεν αὐτὸν διατετιμημένον ἐν προικί. εἰ καὶ καταβληθῇ μοι τὸ χρέος, οὐ βεβαιοῦται ἡ ὑποθήκη σου. τότε γὰρ τοῦ πρώτου δανειστοῦ πληρουμένου βεβαιοῦται τῷ δευτέρῳ τὸ ἐνέχυρον, ὅτε ἐυρεθῇ εν οὐσία τοῦ χρεώστου. ἐνταῦθα δὲ ἀγοραστής ἐστιν ὁ ανὴρ, καὶ οὔτε ἐν τῷ ὑποτίθεσθαι σοι, οὔτε μὴν ἐν τῷ καταβάλλεσθαι μοι ἦν τὸ πρᾶγμα ἐν οὐσίᾳ τῆς γυναικός. ταῦτα λέγομεν, εἰ ἀγνοῶν ὁ ανὴρ ὑποκεῖσθαι σοι ἐδέξατο τὸ πρᾶγμα.*

loren hatte. Soll jene Abfindung wirksam sein, so muss sie in die Zeit der Fortdauer des Eigenthums in der Person des Verpfänders fallen; früher oder später fehlt es an der Vorbedingung ihrer Wirksamkeit. In dem vorliegenden Fall ist also von einer Bekräftigung des Pfandes durch Abfindung des Vorgängers keine Rede: denn zur Zeit der Abfindung ist gar keine Pfandklage begründet, weder die directa, weil zur Zeit des Pfandvertrags das in bonis debitoris fehlte, noch die utilis, da der Verpfänder das in bonis bereits wieder verloren hatte.

Jedoch wird hiebei vorausgesetzt, dass der Ehemann die Verpfändung an den Mævius nicht kannte. Denn sonst ist die pignoraticia utilis auch gegen ihn begründet, die Abfindung des Vorgängers also in der That rechtzeitig geschehen, um eine Bekräftigung des zweiten Pfandes durch Aufhebung der Beschränkung des ordo zu bewirken.

Von den Einzelnheiten des Fragments ist nur der völlig gleiche Gebrauch der beiden Ausdrücke confirmari und convalescere hervorzuheben.[4]) Die confirmatio pignoris besteht in der Aufhebung der Beschränkungen, welche sich für das nachstehende Pfand aus der Rangordnung ergeben. In derselben Bedeutung gebraucht African den Ausdruck convalescere. Schon die Worte, mit welchen der Jurist die Aufgabe seiner Quästion feststellt, lassen darüber keinen Zweifel. Bewirkt die Abfindung des Titius eine Bekräftigung des nachfolgenden Pfandes für den Mævius? ist die Frage; und die Antwort: Unmöglich, denn Mævius hat ja gar keine Pfandklage, welche erstarken könnte, weder die directa, noch die utilis. Man sieht, die Untersuchung beschränkt sich auf die Frage der Confirmation in dem Sinne, in welchem wir diesen Ausdruck eben erläuterten. Für eine andere Bedeutung des Wortes convalescere ist also kein Raum. Insbesondere erinnern wir daran, dass hier nicht an die Wirkung des spätern Eigenthums-Erwerbs gedacht werden darf. Zwar enthält auch diese eine Bekräftigung, und wird ebenfalls mit dem Ausdruck convalescere bezeichnet;[5]) aber damit ist

[4]) Die Basiliken gebrauchen für beide: *βεβαιοῦται*.

[5]) Fr. 22. De pign. et hyp.

nicht gesagt, dass jede Convalescenz immer nur gegen den Mangel des Eigenthums gerichtet ist. Vielmehr giebt es eben so viele Convalescenzen als Beschränkungen. Eine Beschränkung besteht in der Rangordnung, eine zweite in dem Mangel des Eigenthums. Die Bestärkung des Pfandes kann nun bald gegen die eine, bald gegen die andere gerichtet werden. In dem Fragment des African ist nur die erste, gegen die Rangordnung gerichtete, Gegenstand der Untersuchung, während Modestin in Fr. 22. De pign. et hyp. nur von der zweiten spricht.

In dem von African entschiedenen Falle erfolgt die Abfindung des ersten Gläubigers *nach* der Beendigung des Eigenthums in der Person des Verpfänders und ist eben desshalb unwirksam. Von dem umgekehrten Zeitverhältniss, wenn der erste Gläubiger *vor* dem Eigenthumserwerb des Verpfänders abgefunden wird, ist nicht die Rede. Offenbar aber muss hier die gleiche Entscheidung gelten. Denn eine Pfandklage, welche convalesciren könnte, ist auch hier gar nicht vorhanden. Freilich ist nicht zu läugnen, dass nun der spätere Eigenthumseintritt den ehemaligen zweiten Gläubiger an der ersten Stelle findet; allein wie sehr sich diess blosse Wegfallen eines Gläubigers *vor* dem Eigenthumserwerb von der spätern Abfindung desselben unterscheidet, lässt sich an der Oblation von Seite des Nachfolgers recht klar machen. Geschieht diese vorher, so hat sie keine weitere Wirkung als die Entfernung des Abgefundenen; geschieht sie erst nachher, so ist sie mit der successio in locum dimissi verbunden.

Das Africansche Fragment ist so vollkommen klar, dass Missverständnisse ganz unmöglich scheinen. Und doch finden sich deren sehr viele und sehr gefährliche. Wir wollen hier diejenigen Schriftsteller ganz bei Seite lassen, welche wie Bolley[6]) die Möglichkeit einer Erklärung bezweifeln, oder wie Cuiacius[7]) und Westphal[8]) den African eines handgreiflichen,

---

[6]) Von öffentlichen Unterpfändern. § 55.

[7]) Opp. t. I. p. 1491 sqq.

[8]) Pfandrecht. § 170.

unverzeihlichen Irrthums beschuldigen; wir wollen uns darauf beschränken, die eigenthümlichen Sätze hervorzuheben, für welche Gesterding[9]) Africans Zeugniss anruft. Dahin gehört zuerst die Behauptung, *dass mehrere an fremder Sache bestellte Pfandrechte nicht zu gleicher Zeit giltig werden, sondern nur nach einander!* Dieser Irrthum scheint auf der Verwechslung zwischen der confirmatio pignoris und der ersten Entstehung des Pfandes zu beruhen. — Ferner: *ein späteres Pfandrecht werde erst giltig, wenn der ältere Gläubiger abgefunden ist, überhaupt, wenn das ältere Pfandrecht aufgehört hat!* Hier sind wir der Entstehung des oben so oft verworfenen Irrthums auf die Spur gekommen. Also African soll dem zweiten Pfandrecht alles Dasein bestreiten, so lange der erste nicht abgefunden ist! Dass diese Behauptung auch nicht den geringsten Anhaltspunkt in unserer Stelle findet, braucht nicht mehr besonders nachgewiesen zu werden. — Damit ist jedoch die Reihe der Irrthümer noch nicht geschlossen. Gesterding fährt fort: *Wenn das spätere Pfandrecht giltig werden soll, so wird, gerade wie beim ersten Entstehen eines Pfandrechts, vorausgesetzt, dass die Sache zu der Zeit, da der ältere Gläubiger befriedigt wird, oder überhaupt das ältere Pfandrecht aufhört, sich in bonis des Schuldners befinden müsse!* Und auch das soll African sagen, er, der gar nicht von der Giltigkeit oder Ungiltigkeit eines zweiten Pfandrechts spricht, sondern den Einfluss der Abfindung eines Vorgängers auf das nachfolgende Pfand zum Gegenstand seiner Frage macht.

Zu einer ähnlichen Aehrenlese könnten auch andere Schriftsteller ihre Beiträge liefern.[10])

Die Convalescenz des Pfandrechts hat dieselbe Natur und dieselbe rechtliche Bedeutung, der Verpfänder mag bonæ oder malæ fidei possessor gewesen sein. Nur darin besteht ein Unterschied, dass der Pfandgläubiger eines bonæ fidei pos-

---

9) Pfandrecht. S. 109.

10) Besonders Müller, Beiträge zur Lehre vom Pfandrecht, im Archiv für die civilistische Praxis B. XI. S. 408—410, welcher der Stelle nur noch eine historische Bedeutung lassen will.

sessor seine publicianische serviana auch durch die Convalescenz des Pfandes nicht verliert. Ihm stehen nun zwei Rechtsmittel zu Gebote: die pignoraticia in rem utilis, so lange der Verpfänder Eigenthümer ist; ferner die serviana mit publicianischem Recht, und diese letztere auch nach der Veräusserung der Pfandsache an irgend einen Dritten, den die erstere Klage nicht zu erreichen vermag.

XVII.

Die mit der Ausübung der Verkaufsbefugniss verbundenen Rechtsverhältnisse.

---

1. Die Ordnung unserer bisherigen Darstellung war folgende: Zuerst betrachteten wir die Entstehung der Verkaufsbefugniss sowohl bei dem Privatpfandrecht als bei der staatsrechtlichen obligatio bonorum und verfolgten dieselbe bis zu der allgemeinen Anerkennung der Verkaufsbefugniss auch ohne ausdrücklichen Vertrag. Hieran reihten sich die Fälle des Pfandrechts ohne Verkauf, das pignus in corpore redemti und das pignus prætorium. Zuletzt folgte die Betrachtung des pignus als Wettpreis und der Verhältnisse eines nachstehenden Pfandgläubigers. Die ganze Lehre soll jetzt durch die Darstellung der Rechtsverhältnisse, welche die Ausübung der Verkaufsbefugniss hervorruft, beschlossen werden. Die bisherige Litteratur hat diesem Gegenstand nur geringe Aufmerksamkeit gewidmet. Zwar fehlt es nicht an Beiträgen zur Aufklärung einzelner Punkte. So sind namentlich die eigenthümlichen Grundsätze über Pfandeviction vielfältig dargestellt worden.[1])

---

[1]) Am besten von Donellus ad t. C. Creditorem evictionem pignoris non debere. (VIII. 46.) Uebrigens von Glück, Erläuterung der Pandecten. B. XIX. S. 398—400. Sintenis, Pfandrecht. § 55. S. 524—529. Gesterding, Pfandrecht. § 27. S. 196—200.

Allein den Zusammenhang der ganzen Theorie hat man niemals zu erforschen gesucht. Nirgends finden wir eine umfassende Erörterung der Frage: in welcher Weise gestalten sich die Verpflichtungen der Contrahenten beim Pfandverkauf? Welches sind die Leistungen des Käufers, welches die des verkaufenden Gläubigers? Und doch ist von vornherein klar, dass die Grundsätze des Kaufgeschäfts nur mit sehr bedeutenden Modifikationen auf die Pfandveräusserung Anwendung finden können.

Worin diese Abweichungen bestehen, das soll in dem vorliegenden Abschnitt untersucht werden. Am übersichtlichsten lässt sich alles Einzelne anordnen, wenn wir die Leistungen des Verkäufers und die des Käufers besonders betrachten. In vielen der hieher gehörigen Fragen sehen wir uns von den Quellen gänzlich verlassen. Die späte Entwicklung des Pfandverkaufs scheint den römischen Juristen nicht hinreichende Gelegenheit zur Feststellung des Einzelnen gelassen zu haben. Die Grundsätze sind jedoch auch hier fest und sicher, und ihre Durchführung ist, wenn auch zuweilen zweifelhaft, doch im Ganzen leicht und überzeugend.

2. Der gewöhnliche Verkäufer ist zunächst zur Uebertragung des Besitzes, in Folge derselben aber zur Evictionsleistung,[1]) öfters unter Abschluss einer duplæ stipulatio,[2]) ver-

[1]) Fr. 11. § 2. De act. emti vend. (XIX. 1.) Et in primis ipsam rem præstare venditorem oportet, id est tradere. Quæ res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum; si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. Eine ähnliche Darstellung gibt African in Fr. 46. § 1. De evict. (XXI. 2.) Es wird nicht immer gehörig hervorgehoben, dass die Evictionspflicht wie die Leistung des Preises (vgl. Fr. 11. § 9. De act. emt.) so auch die Tradition der Sache voraussetzt. Und doch wird diese Vorbedingung in mehrern Consequenzen erörtert: Fr. 61. Fr. 62. pr. De evict. — Fr. 3. pr. Fr. 12. § 13. De act. emt.

[2]) Fr. 37. De evict. Diese Stipulation geht nur auf das habere licere propter ipsam evictionem. Fr. 21. § 1. D. eod. Besondere Folgen hievon in Fr. 21. § 3. Fr. 37. pr. § 1. D. eod. Dasselbe gilt, wenn die Litisästimation geleistet wird, obwohl man hier nicht sagen kann: habere non licet. Fr. 16. § 1. D. eod. Im übrigen sind noch folgende Sätze zu bemerken: Der Abschluss der duplæ stipulatio kann selbst durch die actio emti erzwungen werden

pflichtet. Ganz anders der verkaufende Pfandgläubiger. Dieser hat dem Käufer nichts weiter als das ihm selbst an der verkauften Sache zustehende Recht abzutreten. Er befreit sich also durch die Cession der hypothecarischen Klage,[3]) und wird nur dann, wenn er zufällig selbst besitzt, auch zu der Uebertragung des Besitzes angehalten.

Paulus libro I. decretorum.

In Fr. 13. De distract. pign.

Creditor, qui iure suo pignus distrahit, ius suum cedere debet, et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem.

Von der Pflicht zur Evictionsleistung ist nun keine Rede.[4]) Daher kann auch der Abschluss der duplæ stipulatio niemals gefordert werden. Noch mehr, selbst zu der Rückgabe des Kaufpreises wird der Gläubiger nicht angehalten. Dieser Rechtssatz fand in kaiserlichen Constitutionen wiederholte Bestätigung.[5]) Er verdiente um so mehr hervorgehoben zu werden, da eine anerkannte Regel selbst denjenigen Verkäufer, welcher sich völlige oder theilweise Freiheit von der Evictionsleistung ausbedungen hatte, zur Rückgabe der erhaltenen Kaufsumme verpflichtete.[6]) Die höchste Begünstigung, welche man dem Käufer zu Theil werden liess, bestand in dem Rechte, nach stattgehabter Eviction die Abtretung der actio pignoraticia contraria, womit der Gläubiger sein Interesse gegen den Ver-

Fr. 2. D. eod. — Die actio emti geht in einzelnen Punkten weiter als die actio ex stipulatu, wie sich aus den Beispielen in Fr. 24. Fr. 63. pr. Fr. 66. § 2. (dazu Cuiacius opp. t. IV. p. 704.) D. eod. Fr. 6. pr. De serv. exp. (XVIII. 7.) ergiebt. — Die actio emti geht auf das interesse Fr. 60. Fr. 67. Fr. 70. De evict., welches jedoch nie über den doppelten Preis angeschlagen wird. Fr. 44. De act. emti.

3) Gegen welche, nach einmal stattgehabtem Verkauf, von Seite des Besitzers nicht mehr offerirt werden kann; diess muss nach Analogie von Fr. 3. pr. De distr. pign. angenommen werden und wird überdiess in L. 2. C. si antiq. cred. (VIII. 20.) ausdrücklich bezeugt.

4) Fr. 10. De distr. pign. — is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest — L. 1. 2. C. credit. evict. (VIII. 46.)

5) Fr. 11. § 16. De act. emti. (XIX. 1.) Sententiam Iuliani verissimam esse arbitror in pignoribus quoque. Nam si iure creditoris vendiderit, deinde hæc fuerint evicta, *non tenetur nec ad pretium restituendum* creditor, hoc enim multis constitutionibus effectum est.

6) Fr. 11. § 18. De act. emti.

pfänder verfolgen konnte,[7]) zu verlangen. Die Billigkeit unterstützte ein Begehren, welches der Verkäufer ohne alle Einbusse von seiner Seite erfüllen konnte.[8])

Das Resultat ist folgendes: Der Pfandgläubiger wird zur Abtretung der Pfandklage, wenn er besitzt zur Uebertragung des Besitzes, nach stattgehabter Eviction zur Cession der pignoraticia contraria verpflichtet.

Die letzte dieser Leistungen bedarf noch einer genauern Bestimmung. Nicht jede Eviction wird dem Gläubiger gegen die Abtretung der Pfandgegenklage erlassen, sondern nur diejenige, welche in dem mangelhaften Recht des Verpfänders ihren Grund hat. Für den Vorzug des Pfandrechts, kraft dessen zum Verkauf geschritten wird, haftet der Gläubiger in dem gewöhnlichen Umfang.

L. 1. C. creditorem evictionem pignoris non debere.

Imp. Alexander a. 223.

— — hoc utique præstare debet, qui pignoris iure vendit, potiorem se ceteris esse creditoribus.

Das Gleiche ist auch dann anzunehmen, wenn der Verkäufer gar kein Pfandrecht hat, oder seine Verkaufsbefugniss zu früh ausübt. In allen diesen Beispielen fällt die Eviction auf den zurück, der durch die Mangelhaftigkeit seines Rechtes sie veranlasste, d. h. auf den verkaufenden Gläubiger. Und dieser wird nach den gewöhnlichen Regeln über Evictionspflicht beurtheilt,[9]) jedoch geschieht der Verpflichtung zu dem Abschluss der duplæ stipulatio nirgends Erwähnung.[10])

---

[7]) Fr. 16. § 1. De pign. act.

[8]) Fr. 38. De evict. (XXI. 2.) In creditore, qui pignus vendidit, tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex emto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam præstet; habet autem contrariam pignoraticiam actionem. Et magis est, ut præstet. Cui enim æquum non videbitur, vel hoc saltem consequi emtorem, quod sine dispendio creditoris futurum est.

[9]) Es ist bekannt, dass die serviana ebenfalls eine Eviction enthält, obwohl sie nur den Besitz entzieht. Fr. 20. 34. § 2. Fr. 35. 63. §. 1. Fr. 65. De evict. (XXI. 2.) L. 4. 9. C. eod. (VIII. 45.) Fr. 40. § 1. Sol. matr. (XXIV. 3.)

[10]) Es blieb also hier bei der actio emti. Vgl. L. 6. 20. 21. 23. C. de evict.

Die Begünstigung des verkaufenden Pfandgläubigers würde eine unbillige Belästigung des Käufers enthalten, könnte sie auch von dem angesprochen werden, welcher seinem Mitcontrahenten die Qualität, in der zum Verkauf geschritten wird, verheimlicht. Die römischen Gesetze verlangen daher eine bestimmte Benachrichtigung des Käufers.[11]) Unterbleibt diese, so braucht sich der Verkäufer weder mit der Cession des Pfandrechts, noch auch, nach stattgehabter Eviction, mit der Abtretung der pignoraticia contraria zu begnügen; er haftet vielmehr, wie jeder andere Verkäufer, der eine fremde Sache veräussert, auf das volle Interesse.

Hierdurch gewinnen wir die rechtliche Erklärung jener abweichenden Behandlung des Pfandverkaufs. Sie liegt in der Parthei-Uebereinkunft, welche bei dem Kaufgeschäft die weiteste Berücksichtigung findet.[12]) Wer als Pfandgläubiger verkauft, erklärt dadurch, nichts weiter leisten zu wollen, als wozu das Pfandrecht befähigt. Der Käufer seinerseits genehmigt diese Erklärung; er giebt sich mit der Abtretung der Pfandklage statt der Tradition des Besitzes zufrieden, und begnügt sich mit der Garantie für das Pfandrecht des Verkäufers ohne für das Eigenthum des Verpfänders das Gleiche zu verlangen.

3. Die Verpflichtungen des Verkäufers können durch besondere Beredungen erweitert werden. In unsern Quellen ist hauptsächlich der ausdrücklichen Uebernahme der Evictions-

(VIII. 45.) Fr. 12. 47. 51. § 3. 63. pr. D. eod. — Fr. 7. 18. pr. 27. 71. D. eod. L. 25. C. eod.

11) Fr. 11. § 16. De act. emt. (XIX. 1.) L. 1. C. creditor evict.: *iure creditoris*. L. 2. C. eod.: *iure pignoris*. Fr. 59. § 4. Mand. (XVII. 1.) hat den Gegensatz: *creditoris iure vendere — communi iure promittere*. Dieser wird weiter unten § 3. n. 1. seine Erklärung finden. Fr. 10. De distr. pign.: *lege pignoris*. Diese Ausdrücke darf man nicht mit Sintenis a. a. O. S. 528. als eine blosse Bezeichnung der Natur des Geschäfts auffassen. Sie setzen eine bestimmte Benachrichtigung des Gläubigers: pignoris lege venditionem fieri, voraus. So wird das pignoris iure vendere von Tryphonin in Fr. 12. De distr. pign. durch die Worte: ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur, umschrieben.

12) Fr. 11. § 1. De act. emt. vend. (XIX. 1.) Fr. 43. De pact. (II. 14.)

leistung von Seite des Gläubigers gedacht. Der insolvente Verpfänder bot keine Sicherheit. So musste sich in der Regel der Gläubiger zu der Garantie herbeilassen, wollte er einen Käufer finden und zu seiner Befriedigung gelangen. Die klassischen Juristen bezeugen diesen Gebrauch ausdrücklich.[1]) Die dupla, sagen sie, wird ganz regelmässig von dem Gläubiger versprochen. Um so bemerkenswerther ist es, dass sich dieselbe zum Unterschied von dem gewöhnlichen Verkauf nie von selbst verstand.

Die ausdrückliche Uebernahme der Cautionspflicht enthielt übrigens keine Entsagung auf die sonstigen, mit dem Pfandverkauf verbundenen Begünstigungen. Ein solcher Gläubiger war nicht zur Tradition, sondern blos zur Cession der Pfandklage verpflichtet. Der Verkauf nach Pfandrecht, das pignoris iure vendere, wird also durch die Uebernahme der Evictionsleistung nicht aufgehoben, sondern nur in seinen Wirkungen beschränkt, und folglich ist der, welcher die Pfandsache wie ein gewöhnlicher Verkäufer, nicht pignoris iure veräussert, demjenigen Gläubiger, welcher die Evictionsleistung übernimmt, im übrigen aber pignoris iure contrahirt, durchaus nicht gleichzustellen.[2])

Die ausdrücklich übernommene Garantie ist ohne Zweifel an dieselben Voraussetzungen geknüpft, von welchen die Evictionsleistung eines gewöhnlichen Verkäufers abhängt. Der Kaufpreis muss bereits geleistet oder doch creditirt sein.[3]) Aber wie steht es mit der Uebergabe des Besitzes? Wird die Tradition der Sache erfordert oder genügt die Cession der Pfandklage? Meines Erachtens das Letztere. Die Eviction knüpft

[1]) Ulpian in Fr. 22. § 4. De pign. act.: creditor, quum venderet pignus, duplam promisit — nam usu hoc evenerat. — Darauf bezieht sich der Ausdruck: communi iure promittere, dessen sich Paulus in Fr. 59. § 3. Mand. (XVII. 1.) im Gegensatz zu creditoris iure vendere bedient. Das commune ius ist dasjenige, was Ulpian durch usu evenerat bezeichnet, nämlich die stipulatio duplæ evictionis nomine.

[2]) Man könnte hiegegen den Gegensatz des Fr. 59. § 4. Mand. (XVII. 1.) anführen. Allein es ist zu bemerken, dass diese Stelle ausschliesslich von der Evictionsleistung, nicht auch von den übrigen Wirkungen des pignoris iure vendere spricht.

[3]) Fr. 11. § 2. De act. emt. vend.

sich an die Abtretung der Klage, nicht erst an den Erwerb des Besitzes, die Stipulation ist daher auch dann schon committirt, wenn der Käufer mit dieser Klage unterliegt.[4])

Der ausdrücklichen Uebernahme der Garantie gerade entgegengesetzt ist die Beredung: ne quid evictione secuta creditor præstet, mit deren Auslegung sich Papinian im XI. Buche der Responsen beschäftigt. Es lag sehr nahe, in diesem pactum nichts weiter als die völlig überflüssige Hervorhebung eines sich von selbst verstehenden Rechtssatzes zu erblicken.[5]) Papinian geht jedoch weiter. Er erkennt in demselben die Zusicherung eines Rechts, welches dem Gläubiger nicht schon kraft allgemeiner Regel zustand, nämlich der Befugniss, den Kaufpreis auch nach stattgehabter Eviction von dem Käufer einzuklagen.

Fr. 68. pr. De evictionibus (XXII. 1.)

Cum ea conditione pignus distrahitur, ne quid evictione secuta creditor præstet, quamvis pretium emtor non solverit, sed venditori caverit, evictione secuta, nullam emtor exceptionem habebit, quominus pretium solvat.

Der Verkäufer, welcher nach stattgehabter Eviction den Kaufpreis einklagt, kann mit einer exceptio doli abgewiesen werden.[6]) Diese Regel findet auch bei dem Pfandverkauf Anwendung. Auch dem Gläubiger steht eine Exception entgegen, obwohl ihm die schon ausgezahlte Kaufsumme nicht wieder abgefordert werden kann. [7]) Hiegegen nun äussert jene Beredung: ne quid evictione secuta creditor præstet, ihre Wirksamkeit. Der Gläubiger soll nunmehr den Kaufpreis auf jeden Fall gewinnen, nicht nur wenn die Auszahlung vor der Eviction, sondern ebenso auch wenn sie später erfolgt. Dabei ist es gewiss gleichgiltig, ob der Käufer für die Bezahlung des Preises ausdrücklich Credit gegeben hatte oder nicht. Papi-

---

[4]) Ueber die Regel des gewöhnlichen Verkaufs Fr. 11. § 2. De act. emt. Fr. 61. Fr. 62. pr. De evict. (XXI. 2.)

[5]) Ein Beispiel dieser Art gibt Paulus in Fr. 9. § 1. De distr. pignor.

[6]) Fr. 29. pr. De evict. (XXI. 2.) Fr. 49. § 1. Sol. matr. (XXIV. 3.)

[7]) Fr. 11. § 16. De act. emt. vend.

nians responsum bezieht sich allerdings auf einen Fall, in welchem eine solche Caution bestellt worden war.[8]) Aber daraus dürfen wir kein allgemeines Erforderniss machen, da es der Gläubiger bei der Cession der Pfandklage wohl selten an dieser Vorsicht fehlen lassen mochte. Cuiacius[9]) hat den Zusammenhang der papinianischen Stelle nicht eingesehen. Er hält die ausdrückliche Beredung, wie sie in unserm Fragment enthalten ist, für völlig gleichgiltig und gestattet dieselbe Einforderung des Preises jedem Gläubiger, der nur überhaupt iure pignoris ohne weitere Bedingung zum Verkauf schreitet. Diess ist entschieden unrichtig; aber noch mehr, es bleibt mir sogar ungewiss, ob Papinian der einfachen Beredung: ne evictionis nomine obligaretur creditor[10]) denselben Sinn würde beigelegt haben, welchen er in dem viel entschiedenern: ne quid creditor evictionis nomine præstaret findet.

4. Weitere Beispiele besonderer Beredungen beim Pfandverkauf finden sich in unsern Quellen nicht vor. Ihre Behandlung würde auch in der That keinen Schwierigkeiten unterliegen. Nicht so leicht ist es dagegen, folgende Frage zu beantworten. Wir wissen nämlich, dass das Edict der Aedilen den Verkäufer von Sklaven und Thieren zur Angabe der Mängel, welche auf den Werth der Sache Einfluss haben, verpflichtet. Bei Sklaven ist die Freiheit von Krankheiten und körperlichen Gebrechen, und das fugitivum non esse, furem non esse, erronem non esse, noxis solutum esse,[1]) bei Thieren der gesunde Zustand,[2]) bei dem Zugvieh insbesondere das esse bibere ut oportet,[3]) zu versprechen und auch hier geschieht diess öfters in Verbindung mit einer duplæ stipulatio.[4]) Sind

---

[8]) Unter dem caverat ist nichts weiter als das Versprechen in Stipulationsform zu verstehen.

[9]) Opp. t. IV. p. 1297.

[10]) Fr. 12. § 1. De distr. pign.

[1]) Fr. 1. § 1. Fr. 32. De æd. ed. (XXI. 1.) L. 14. C. de act. emt. vend. (IV. 49.)

[2]) Fr. 38. pr. D. eod.

[3]) Fr. 11. § 4. De act. emt. (XIX. 1.)

[4]) Fr. 32. pr. Fr. 37. § 1. De evict. (XXI. 2.)

diese Bestimmungen auch auf den verkaufenden Pfandgläubiger anwendbar? Unsere Quellen geben keine Antwort. Mir scheint die Frage bejaht werden zu müssen. Von der Evictionsleistung darf nicht auf die Gewähr der Mängel geschlossen werden. Nur jener, nicht auch dieser entsagt der Käufer, der nach Pfandrecht contrahirt; nur jener, nicht auch dieser entzieht sich der Verkäufer, welcher als blosser Pfandgläubiger auftritt. In Uebereinstimmung hiemit fehlt es auch nicht an Beispielen der Redhibition einer verkauften Pfandsache.[5]) Wir können hieran folgende allgemeine Regel anknüpfen: Der Pfandgläubiger wird nur in Betreff der Tradition[6]) und der Evictionsleistung vor den übrigen Verkäufern begünstigt; in allen andern Beziehungen steht er denselben völlig gleich und unterliegt mit ihnen den gleichen Verpflichtungen. Er wird also, um nur einige Beispiele anzuführen, die Grenzen des verkauften Grundstückes nachweisen;[7]) da wo der verkauften Sache an Zahl, Maas oder Gewicht etwas fehlt, das Fehlende nachliefern oder eine verhältnissmässige Reduktion des Kaufpreises sich gefallen lassen;[8]) für diejenigen Eigenschaften der Sache einstehen, welche jeder Käufer, auch ohne sie stipulirt zu haben, erwarten darf;[9]) für die Nachtheile des Verzuges Ersatz leisten;[10]) endlich Bürgschaft stellen, wenn noch vor der Bezahlung des Kaufpreises Eviction droht,[11]) diess alles nach

---

5) Fr. 10. § 1. Quib. mod. pign.

6) Und der mit ihr zusammenhängenden Leistungen: dahin gehört das Versprechen der Tradition L. 14. C. de act. emt. vend. (IV. 49.) — die Herausgabe der seit dem Abschluss des Vertrags gezogenen Früchte und anderer Accessionen, Fr. 13. §§ 13. 18. De act. emt. vend. (XIX. 1.) — die Prästation der diligentia und custodia Fr. 1. § 1. Fr. 3. De peric. et comm. (XVIII. 6.) § 3. I. de emt. vend. (III. 23.) Für alle diese Leistungen haftet der Gläubiger nur, in so fern er selbst besitzt, sonst nicht.

7) Fr. 63. § 1. De contr. emt. (XVIII. 1.)

8) Fr. 2 pr. Fr. 4. § 1. Fr. 6. pr. De act. emt. vend. (XIX. 1.)

9) Fr. 6. § 4. Fr. 13. pr. Fr. 21. pr. § 2. D. eod.

10) Nach Analogie von Fr. 21. § 3. D. eod.

11) Fr. 18. § 1. De peric. et comm. (XVIII. 6.) L. 24. C. de evict. (VIII. 45.) Davon dürfte jedoch der Gläubiger, welcher «ea lege vendidit, ne quid evictione secuta præstaret,» nach Fr. 68. pr. De evict. frei sein.

den gewöhnlichen Regeln. Auch ist nicht daran zu denken, als könnte sich der Gläubiger durch die Cession einer ihm etwa zustehenden Pfandgegenklage von der Verpflichtung aus dem Verkauf befreien. Er würde hiezu nur als Mandatar des Verpfänders berechtigt sein, eine Qualität, welche ihm Papinian ausdrücklich abspricht.[12])

5. Die Leistungen des Verkäufers können ferner durch dessen Arglist erweitert werden. Wie jedes bonæ fidei iudicium, so verlangt auch der Kauf die Entfernung aller Unredlichkeit.[1]) Die Beispiele, welche sich in unsern Quellen finden, betreffen wiederum die Evictionsleistung. Der Gläubiger, welcher den Mangel der Verpfändung kennt, also z. B. weiss, dass der Verpfänder das erforderliche Eigenthum nicht hatte, gilt als Betrüger und haftet als solcher für die Eviction.[2]) Nicht weniger unredlich würde derjenige handeln, welcher hinterher seinen eigenen Verkauf anfechten, also vermöge der successio in locum primi creditoris, oder in Folge von Eigenthumserwerb an der Pfandsache den Käufer mit der Eviction bedrohen wollte.[3]) Ihm steht eine exceptio doli entgegen. —

---

12) Fr. 42. De pign. act.

1) Fr. 1. § 1. Fr. 4. pr. Fr. 6. §§ 8. 9. Fr. 11. § 18. Fr. 13. §§ 6. 14. Fr. 30. § 1. De act. emti vend.

2) L. 2. C. credit. evict. (VIII. 46.) Fr. 11. § 16. De act. emt. vend. — — Dolum plane venditor præstabit, denique etiam repromittet de dolo; sed etsi non repromiserit, sciens tamen, sibi non obligatum, vel non esse eius, qui sibi obligavit, vendiderit, tenebitur ex emto, quia dolum eum præstare debere ostendimus. Es ist auffallend, dass Ulpian das: sibi non esse obligatum mit dem: non esse eius qui sibi obligavit gleich behandelt. Denn es kann nicht daran gezweifelt werden, dass der Gläubiger für die Existenz des Pfandrechts auch abgesehen von allem dolus haftet, da er ja sogar für die Priorität des Pfandrechts einsteht. L. 1. C. cred. evict. (VIII. 46.)

3) Fr. 10. De distr. pign. Etsi is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest, tamen non esse audiendum creditorem, qui fundum vendidit, si velit eiusdem rei ex alia causa quæstionem movere. Diese alia causa kann eine successio in locum primi sein. L. 1. C. cred. evict. (VIII. 46.) oder Eigenthumserwerb Fr. 17. 73. De evict. (XXI. 2.) Was für den Verkäufer, das gilt auch für den Bürgen, der sich für die Eviction verpflichtet. L. 11. C. de evict. (VIII. 45.) nicht aber für dessen Erben. L. 31. C. eod. Eine Ausnahme wird zu Gunsten der Freiheit an-

Hieraus ergiebt sich folgender allgemeine Grundsatz: Alle Regeln, welche der Aufrechterhaltung der bona fides ihren Ursprung verdanken, finden auch bei dem Pfandverkauf Anwendung: daher wird der Gläubiger zur Bürgschaft angehalten, wenn schon vor der Auszahlung des Kaufpreises die Gefahr der Eviction sich zeigt,[4]) daher nach erfolgter Entwährung den Kaufpreis nicht weiter einklagen,[5]) daher zur Liberation der noch nicht tradirten Pfandsache von besser berechtigten Pfandrechten angehalten,[6]) daher endlich für jede absichtliche Täuschung verantwortlich.[7]) Diess alles jedoch nur zu Gunsten desjenigen Käufers, der selbst in bona fide ist.[8])

6. So viel über die Leistungen des verkaufenden Pfandgläubigers. Wir haben nunmehr die Wirkungen des Besitzerwerbs an dem veräusserten Pfandgegenstand genauer zu betrachten. *Der Käufer erlangt durch denselben das Eigenthum, wie es in der Person des Verpfänders vorhanden war.*

Ulpianus libro XLI. ad Sabinum.

In Fr. 4. De pign. act.

Si convenit de distrahendo pignore, sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet verum incipit emtor dominium rei habere.

Ulpianus libro LXV. ad edictum.

In Fr. 46. De acq. rer. dom. (XLI. 1.)

Non est novum, ut qui dominium non habeat, alii dominium præbeat. Nam et creditor pignus vendendo causam dominii præstat, quam ipse non habuit.

Paulus libro III. quæstionum.

In Fr. 10. § 1. Quib. mod. pign.

---

genommen. Der Verkäufer kann den Sklaven selbst in libertatem vertheidigen. L. 25. C. eod.

4) L. 24. C. de evict. (VIII. 45.)

5) Fr. 29. pr. De evict. (XXI. 2.) Fr. 49. § 1. Sol. matr. (XXIV. 3.)

6) L. 5. C. de evict. (VIII. 45.)

7) Daher wird die Stipulation: ne quid evictione secuta præstaret dem Gläubiger, welcher den Mangel der Verpfändung kannte, Nichts nützen; er handelte unredlich. Fr. 6. § 9. De act. emt. vend.

8) L. 18. 27. C. de evict. (VIII. 45.) Vgl. L. 30. C. eod.

— — quibus concessum est, rem alienam vendere — — dominium transferunt.

Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Caiano.

In L. 18. C. de distr. pign.

Qui a creditore pignori obligatum prædium iure emit, de proprietate vinci non potest.[1])

Man würde sich vergeblich bemühen, diesen Eigenthumsübergang von dem Verpfänder auf den Käufer aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu erklären. Wir müssen vielmehr eingestehen, dass er denselben geradezu widerstreitet, und als eine eigenthümliche Wirkung der Verkaufsberedung dasteht. — War der Verpfänder selbst blosser Besitzer, so kann auch der Käufer kein höheres Recht erwerben. Auch er erhält nichts weiter als den Besitz und in Folge eigener bona fides die Usucapionsfähigkeit, eine Befugniss, deren Gewinn stets dem Schuldner, auch wenn er selbst malæ fidei possessor gewesen sein sollte, zu gut kommt.[2]) Das Eigenthum der Pfandsache wird, belastet mit allen dinglichen Rechten, wie es dem Verpfänder zugehörte, auf den Käufer übertragen. Selbst diejenigen Servituten, welche dem verkaufenden Gläubiger oder dessen Grundstück zugehören, bleiben bestehen. Von einem Untergang durch Consolidation kann keine Rede sein, da das Eigenthum der beiden Grundstücke, des herrschenden und des dienenden, niemals in einer Hand vereinigt war. Dasselbe gilt von dem Eigenthum und dem ususfructus. Aber das versteht sich freilich von selbst, dass der Verkäufer für die Entziehung des Niessbrauchs nach den Grundsätzen der Eviction,[3]) für andere Servituten, wenn er ihre Abwesenheit zusicherte oder sie verheimlichte,[4]) dem Käufer verhaftet wird.

[1]) Vgl. L. 15. C. eod.

[2]) Nach dem Prinzip des Fr. 12. § 1. De distr. pign.

[3]) Fr. 66. pr. De contr. emt. (XVIII. 1.) Fr. 39. § 5. Fr. 43. Fr. 46. pr. Fr. 49. Fr. 62. § 2. De evict. (XXI. 2.) Der ususfructus wird auch in dieser Beziehung wie so oft als eine pars rei behandelt. Ueber die evictio partis: Fr. 36. Fr. 49. Fr. 53. pr. Fr. 56. § 2. D. eod. L. 10. 16. C. eod. (VIII. 45.)

[4]) Fr. 66. pr. De contr. emt. Fr. 1. pr. Fr. 35. Fr. 39. De act. emt. vend. Fr. 48. Fr. 69. § 5 am Ende. Fr. 75. De evict. (XXI. 2.)

7. Zu den Sachenrechten, welche noch nach der Veräusserung das Eigenthum des Verkäufers belasten, gehören auch die verschiedenen Pfandrechte, welche der Schuldner begründete, voraus das Pfandrecht des veräussernden Gläubigers selbst, überdiess die sämmtlichen Pfandrechte der nachstehenden Gläubiger, so weit nicht ihre Forderungen aus dem Erlös getilgt wurden. Wir wollen diesen Fall der Tilgung einstweilen unberücksichtigt lassen, und annehmen, dass der Kaufpreis nicht einmal zur Befriedigung des erstberechtigten Gläubigers hinreicht. Alsdann ist zu behaupten, dass sämmtliche Pfandrechte auch nach dem Verkauf, ja nach der Tradition fortbestehen. Die Bedingungen der Pfandklage sind auch jetzt noch für alle Gläubiger erfüllt. Die Thatsache der Verpfändung ist in Richtigkeit und von Solution oder Satisfaction keine Rede. Mehr wird aber zur Durchführung der actio hypothecaria nicht erfordert.[1]) Diese Thatsache ist von der höchsten Wichtigkeit, und doch gewöhnlich ganz unbeachtet. Man erblickt in dem Pfandverkauf die Tilgung sämmtlicher auf der verkauften Sache haftender Pfandrechte.[2]) Dieser Annahme liegt ein richtiges Gefühl des praktischen Bedürfnisses zu Grunde. Wo wird das Pfand einen Käufer finden, wenn der veräussernde Gläubiger für den Rest seiner Forderung wiederum zum Verkauf schreiten darf? Und welche Sicherheit hat der erste Gläubiger, wenn jeder nachstehende den Verkauf mit Eviction bedrohen kann? Allein durch solche Betrachtungen wird nur bewiesen, dass der Käufer gegen die Klagen der Gläubiger geschützt werden musss, nicht dass diesen gar keine Klage mehr zusteht. An einem Vertheidigungsmittel gegen die actio hypothecaria des Verkäufers und der nachstehenden Pfandgläubiger kann es in der That nicht fehlen. Es fragt sich nur, worin dasselbe besteht. Die römischen Juristen sprechen von einer exceptio. Aber welche ist gemeint? Unseres Erachtens nicht immer dieselbe, sondern eine verschiedene, je nachdem

---

[1]) Fr. 13. § 4. De pign. et hyp.

[2]) Z. B. Sintenis, Pfandrecht. S. 521. n. 4.

der Verkäufer oder ein nachfolgender schlechterer Pfandgläubiger klagend auftritt. Gegen jenen schützt die Einrede der Pfandremission, gegen diese die Einrede des bessern Rechts in der Person des Verkäufers. Beide Fälle sollen hier gesondert betrachtet werden.

8. Von der Einrede der Pfandremission ist folgendes Fragment zu verstehen:

Ulpianus libro LXXIII. ad edictum.

In Fr. 4. § 1. Quib. mod. pign.

Si in venditione pignoris consenserit creditor, vel ut creditor hanc rem permutet vel donet, vel in dotem det, dicendum erit, pignus liberari, nisi salva causa pignoris sui consenserit vel venditioni vel ceteris; nam solent multi salva causa pignoris sui consentire. *Sed et si ipse vendiderit creditor, sic tamen venditionem fecerit, ne discederet a pignore, nisi si satisfiat, dicendum erit, exceptionem ei non nocere.* Sed et si non concesserit pignus venumdari, sed ratam habuerit venditionem, idem erit probandum.

Ulpian stellt zwei Fälle einander völlig gleich: die Einwilligung des Gläubigers in die Veräusserung von Seite des Verpfänders und den Verkauf durch den Pfandinhaber selbst. Nun ist aber bekannt, dass der Pfandgläubiger, welcher die Veräusserung des Schuldners genehmigt, seinem Pfandrecht entsagt und durch die Einrede: si non voluntate creditoris veniit, abgewiesen werden kann.[1]) Dasselbe muss daher von dem Verkauf des Gläubigers gelten. Nur dass die exceptio hier

[1]) Dass die Einwilligung in den Verkauf als Verzicht angesehen wird, sagen: Fr. 158. De reg. iur. (L. 17.) Fr. 7. pr. Fr. 8. § 6. Vgl. Fr. 12. pr. Quib. mod. pign. — Dass dieser Verzicht eine exceptio erzeugt, wie jeder ausdrücklich erklärte Verzicht: Fr. 7. §§ 2. 3. Fr. 8. §§ 1. 2. 9. Quib. mod. pign. L. 2. C. de rem. pign. (VIII. 26.) Fr. 17. § 2. De pact. (II. 14.) Daher der Ausdruck repellere in Fr. 8. §§ 4. 6. 12. 13. 14. Quib. mod. pign. — Trotzdem werden nun in manchen Stellen Ausdrücke gebraucht, welche bald bestimmter, bald unbestimmter auf den Untergang der Klage selbst hinzudeuten scheinen: inutilem sibi faciet hypothecariam actionem in Fr. 8. § 2. Quib. mod. pign. — Pignus exstinguitur Fr. 8. § 12. D. eod. — Non aufert pignus creditori Fr. 8. § 18. D. eod. — Invicem pignoraticiam (sc. in rem) actionem eos non habere Fr. 9. pr. D. eod. — Pignus cui is, de quo quæritur, consensit, minime eum retinere posse.

anders gefasst war, etwa in den Worten: si non ipse vel is cui successit, venum dedit. In beiden Fällen wird die Entsagung des Gläubigers nicht ausdrücklich erklärt, sondern aus einer schlusshaften Handlung abgeleitet. Sie kann daher in beiden Fällen durch eine entgegengesetzte Beredung ausgeschlossen werden. Diess geschieht, wenn der Gläubiger mit seiner Einwilligung zu der Veräusserung des Schuldners den Vorbehalt des Pfandrechts verbindet, oder seinem eigenen Verkauf die Bedingung beifügt, dass das Pfandrecht bis zu der Tilgung der Pfandschuld fortbestehen soll. Alsdann hat der Käufer seine Exception verloren.[2])

Der Gesichtspunkt der Remission ist für die Erklärung einzelner Erscheinungen aus der Theorie des Pfandverkaufs sehr wichtig. Wir wollen hier einige Punkte hervorheben.

Der Gläubiger ist dem Käufer zur Cession der Pfandklage verpflichtet. Wie könnte er diese Leistung erfüllen, wenn der Verkauf ipso iure die Tilgung des Pfandrechts bewirkte? Auf keine Weise. So aber besteht die Klage fort, sie kann daher dem Käufer abgetreten werden, und hat in seiner Person keine Entkräftung durch Exception zu befürchten. Denn in der Cession selbst liegt die Erklärung des Käufers, er verzichte nicht.

Aus dem Gesichtspunkt der Remission erklärt sich ferner

Fr. 9. § 1. D. eod. — Consensu nexus pignoris evanuit. Res velut obstricta non potest vindicari in L. 4. C. de rem. pign. (VIII. 26.) — Obligatio (pignoris) extincta L. 9. C. eod.

2) Daraus erklärt sich die Behandlung des Pfandverkaufs eines pignus in causa iudicati captum, wenn ausnahmsweise nicht gegen baare Bezahlung verkauft und desshalb ein weiteres Verfahren gegen den Käufer nöthig wurde. Der die Execution leitende Richter hat nämlich hier das Recht, die Sache geradezu wegnehmen und von neuem zum Verkauf kommen zu lassen, weil sie noch immer mit dem alten Pfand behaftet sei. Fr. 15. § 7. De re iudic. (XLII. 1.) — — Certe si se interponant (sc. prætores), hactenus debebunt intervenire, ut ipsam rem addictam capiant et distrahant, *quasi nondum vinculo pignoris liberatam.* Das Gerichtspersonal, welches den Verkauf besorgt, Fr. 50. De evict. (XXI. 2.) L. 2. C. si in causa iud. (VIII. 22.), braucht das Pfandrecht nicht ausdrücklich vorzubehalten, wie diess Ulpian in Fr. 4. § 1. D. c. verlangt, sondern der Vorbehalt versteht sich von selbst, eine Begünstigung, welche bei dem auch in andern Beziehungen ausgezeichneten executorischen Pfande nicht auffallen kann, und die Anwendung der Partikel «quasi» erklärt.

die Fortdauer des alten Pfandrechts nach Wiederauflösung des abgeschlossenen Kaufs. Der veräussernde Gläubiger verzichtet nicht schlechtweg und für alle Fälle, sondern unter der Bedingung, dass der getroffene Kauf zu Recht bestehe und nicht wieder rückgängig werde. Auch in dieser Beziehung zeigt sich ein völliger Parallelismus zwischen dem Verzicht durch Einwilligung in die Veräusserung des Schuldners und dem durch eigene Veräusserung des Gläubigers. Die Vergleichung folgender Fragmente kann darüber keinen Zweifel lassen. Von der Einwilligung des Gläubigers in die Veräusserung des Schuldners spricht

Ulpianus libro LXXIII. ad edictum.

In Fr. 4. § 2. Quib. mod. pign.

Belle quæritur: si forte venditio rei specialiter obligatæ non valeat, an nocere hæc res creditori debeat, quod consensit? utputa si qua ratio iuris venditionem impediat. Dicendum est, pignus valere.

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

In Fr. 8. § 6. D. eod.

Si voluntate creditoris fundus alienatus est, inverecunde applicari sibi eum creditor desiderat, si tamen effectus sit secutus venditionis; nam si non venierit, non est satis ad repellendum creditorem, quod voluerit venire.

In Fr. 8. § 11. D. eod.

Venditionis autem appellationem generaliter accipere debemus ut, et si legare permisit, valeat, quod concessit; quod ita intelligimus, ut, et si legatum repudiatum fuerit, convalescat pignus.

Paulus libro III. quæstionum.

In Fr. 10. D. eod.

Voluntate creditoris pignus debitor vendidit et postea placuit inter eum et emtorem, ut a venditione discederent. Jus pignoris salvum erit creditori; nam sicut debitori, ita et creditori pristinum ius restituitur, neque omnimodo creditor pignus remisit, sed ita demum, si emtor rem retineat, nec reddat venditori. Et ideo si iudicio quoque accepto venditor absolutus

sit, vel quia non tradebat, in id, quod interest, condemnatus, salvum fore pignus creditori dicendum est; hæc enim accidere potuissent, etiam si non voluntate creditoris vendidisset.

Von der Veräusserung des Gläubigers handelt derselbe Paulus in derselben Quästion also:

Fr. 10. § 1. D. eod.

Creditor quoque si pignus distraxerit, et a venditione recessum fuerit, vel homo redhibitus, dominium ad debitorem revertitur. Idemque est in omnibus, quibus concessum est, rem alienam vendere; non enim, quia dominium transferunt, ideo ab emtore ius eius recipiunt, sed in pristinam causam res redit, resoluta venditione.

Die Wiederherstellung des frühern Zustandes, mit welcher Paulus die Auflösung des Kaufs verbindet, erstreckt sich auch auf das Pfandrecht, nicht in dem Sinne, als wäre die Klage je untergegangen, nun aber wieder hergestellt, sondern so, dass die Exception, beziehungsweise Replication der Entsagung wegfällt.[3]) Diess gilt nicht nur für die Redhibition, sondern für jede Wiederauflösung des Kaufs,[4]) ebenso wenn die Veräusserung von vornherein nicht zu Recht besteht, weil eine «ratio iuris»[5]) hindernd in den Weg tritt.

9. Die Einrede der Remission: si non voluntate creditoris veniit, wird unter Umständen durch eine replicatio doli entkräftet. Eine sehr merkwürdige Anwendung derselben findet sich in Marcians liber singularis ad formulam hypothecariam.

Fr. 8. §§ 7—9. Quib. mod. pign.

§ 7. Supervacuum est quærere, agrum specialiter hypothecæ datum permissu creditoris venisse, si ipse debitor repossideat,[1]) nisi quod fieri potest, ut debitor permissu creditoris

---

[3]) Diess wird in Fr. 4. § 2. Quib. mod. pign. einfach durch pignus valere, in Fr. 8. § 11. D. eod. durch pignus convalescit ausgedrückt.

[4]) Vgl. Fr. 57. De pact. (II. 14.)

[5]) Fr. 4. § 2. Quib. mod. pign.

[1]) Nicht rem possideat. S. die Note der Gebauerschen Ausgabe. Repossideat ist *ein* Wort: Wiederbesitzen. So erklärt es Cuiacius ad Fr. 10. Quib. mod. pign. in opp. t. V. p. 960. und diese Erklärung wird durch die Basiliken unterstützt, wo die Stelle so lautet: (Heimbach t. III. p. 92.)

vendiderit, deinde postea bona fide redemerit ab eodem, vel ab alio, ad quem per successionem ea res pertinere cœpisset, aut si ipse debitor emtori heres extiterit. Verumtamen, cum pecunia soluta non sit, doli mali suspicio inerit, translata ad præsens tempus, ut possit creditor replicationem doli mali obiicere.

§ 8. Illud videamus: si Titius debitor voluntate creditoris sui vendiderit Mævio, vel ei, a quo Mævius emerat, et postea Mævius Titio heres exstiterit, et creditor ab eo petat, quid iuris sit? Sed iniquum est, auferri ei rem a creditore, qui non successionis iure, sed alio modo rem nactus est; potest tamen dici, quum Titii dolus in re versetur, ne creditor a possessore pecuniam recipiat, iniquissimum esse, ludificari eum.

§ 9. Quodsi is fundus a Mævio alicui obligatus possideatur, cui nondum satisfactum fuerit, tunc rursus æquum erit excipi: si non voluntate creditoris veniit. Licet enim dolus malus debitoris interveniat, qui non solvit, tamen secundus creditor, qui pignori accepit, potior est.

Wir haben zunächst den Inhalt dieser Stellen zu untersuchen und alsdann zu entscheiden, ob derselbe auch bei der mit dem Pfandverkauf verbundenen Remission Anwendung finde.

Der Schuldner, welcher die Pfandsache selbst besitzt, verlangt vergebens, dass der prætor seine Einwendung, er habe mit Einwilligung des Gläubigers veräussert, berücksichtige.[2]) Der Besitz spricht gegen ihn. Indess ist doch möglich, dass der angerufene Verkauf seiner Zeit in guten Treuen erfolgte. Der Schuldner kann ja die Sache dem Käufer oder dessen Nachfolger wieder abkaufen, oder den Käufer beerben. Beruft sich der Beklagte zur Erklärung seines Besitzes auf eines dieser verschiedenen Ereignisse, so wird der prætor die exceptio: si non voluntate creditoris veniit, nicht verweigern, jedoch dem Gläubiger eine doli repliçatio dagegen ertheilen; denn ein

---

Ἐὰν τὸ κατὰ συναίνεσιν, τοῦ δανειστοῦ πραθὲν ἔλθῃ πάλιν εἰς τὸν χρεώστην, παραγραφόμενον τὸν χρεώστην ὁ δανειστὴς αντιπαραγράφεται, ἕως ὃν πληρωθῇ.

2) Supervacuum est quærere, nämlich für den Magistrat, nicht etwa für den Juristen.

Schuldner, der seine *persönliche* Verbindlichkeit nicht erfüllt und dann die Pfandklage durch Berufung auf Remission entkräftet, der rechtfertigt durch sein *gegenwärtiges* Benehmen die Annahme der Unredlichkeit.[3]) Etwas anders steht die Sache, wenn nicht der Schuldner selbst, sondern der Käufer als Erbe des Schuldners besitzt. Diesem kann keine Nichterfüllung einer persönlichen Verbindlichkeit zur Last gelegt werden, denn er hat keine übernommen. Aber er handelt in einer andern Beziehung unredlich, wenn er die Exception der Remission geltend macht, nämlich darin, dass er als Besitzer der Pfandsache es vorzieht, sich eher auf dem Weg der Exception als durch Abzahlung der Schuld, für die er als Erbe haftet, zu vertheidigen,[4]) es müsste denn sein, dass er ein von ihm selbst auferlegtes Pfandrecht zu schützen hätte.

Das Resultat geht dahin: der Schuldner, ebenso der Käufer als Erbe des Schuldners, hat eine doli replicatio zu gewärtigen, wenn er seinen Besitz durch die Berufung auf Remission zu schützen sucht, und diess selbst dann, wenn die Veräusserung und der Wiedererwerb von aller Unredlichkeit frei geblieben ist.

Werden wir diese Bestimmung auch auf die Pfandveräusserung des Gläubigers anwenden? Ohne Bedenken. Der Schuldner, welcher das von dem Gläubiger zum Verkauf ge-

[3]) Doli mali suspicio inerit translata ad præsens tempus. Ich habe doli mali suspicio durch: *Annahme* der Unredlichkeit, nicht durch Verdacht der Unredlichkeit wiedergegeben. Suspicio ist mehr als blosser Verdacht, der die doli replicatio niemals rechtfertigen könnte, es ist die aus der Combination der vorliegenden Umstände gewonnene Ueberzeugung. Jeder Indicienbeweis ist wegen der eigenthümlichen, von dem Richter angewandten Verstandesoperation eine blosse suspicio, obwohl das Resultat eben so sicher sein soll, als bei directem Beweis. — Den Worten translata ad præsens tempus, entspricht in der Uebersetzung der Ausdruck: sein *gegenwärtiges* Benehmen. Verkauf und Wiedererwerb geschahen nämlich in guten Treuen, der Gebrauch der Exception aber zeigt nunmehr zuerst die Absicht des Betrugs.

[4]) Man bemerke den Gegensatz, welcher zwischen diesem dolus und dem des Schuldners besteht. Von dem letztern heisst es: cum pecunia soluta non sit, von dem erstern: Titii dolus *in re* versatur, ne creditor *a possessore* pecuniam recipiat. Auf dem Schuldner ruht eine persönliche Verpflichtung, der Käufer dagegen wird in eigenem Namen nur durch den Besitz der Pfandsache obligirt, daher dolus *in re* versatur.

brachte Pfand besitzt, und sich nun auf diesen Verkauf beruft, ohne den Rest der Schuld zu tilgen, handelt nicht unredlicher als jener, welcher seinen eigenen Verkauf vorschützt. Wo ist hier ein Unterschied zu bemerken? Man könnte zwar sagen, der Gläubiger, der selbst verkauft, beziehe den Kaufpreis für sich, während er bei der blossen Einwilligung in den Verkauf des Schuldners leer ausgeht. Allein auch diess ist keineswegs immer der Fall. Im Gegentheil, wir haben alles Recht zu behaupten, dass der Gläubiger seine Einwilligung, wenn nicht kaufsweise,[5]) so doch meist gegen die Zusicherung der Befriedigung aus dem Erlös ertheilt. Diese Annahme wird durch die Erfahrung des Lebens, überdiess durch Marcians Vorschrift in Fr. 8. § 10. Quib. mod. pign. gerechtfertigt,[6]) und doch ist nicht zu bezweifeln, dass die replicatio doli auch in einem solchen Falle zur Anwendung kommt. Man kann sie also bei dem Verkauf von Seite des Gläubigers nicht desshalb versagen, weil hier der Kaufpreis von dem Verkäufer bezogen werde. — Aber nicht nur gegen den Schuldner, sondern ebenso gegen den Käufer, als Erben des Schuldners, wird dem Gläubiger auch noch nach dem Pfandverkauf die doli replicatio gestattet. Auch hier ist die Unredlichkeit dieselbe, mag nun der Gläubiger selbst veräussert oder in die Veräusserung von Seite des Verpfänders eingewilligt haben. Diese beiden Fälle sind mithin auch in Betreff der doli replicatio völlig gleich zu behandeln.

10. Bevor wir die Exception zum Schutze des Käufers gegen die Klagen der nachstehenden Pfandgläubiger genauer betrachten, muss noch ein Fragment erwähnt werden, welches der Pfandremission eine ganz andere Stellung zu der actio hypothecaria als die von uns angenommene anzuweisen scheint. Es ist aus Ulpians XXVIII. Buch zum Edict, und in Fr. 9. § 3. de pign. act. erhalten.

---

5) Fr. 8. § 5. Quib. mod. pign. «quasi vendant.»

6) Tutius tamen est, si debitor a creditore petat, ut ei permittat pignus vendere, *quo magis satisfaciat*, ante cautionem accipere ab eo, qui rem emturus erit, ut pretium rei venditæ usque ad summam debiti creditori solvat.

Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoraticia actio. Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum; sive enim aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fideiussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo, vel nuda conventione, nascitur pignoraticia actio. Et generaliter dicendum est, quoties recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si, ut ipse voluit, sibi cavit, licet in hoc deceptus sit.

Unsere obige Darstellung gieng von dem Satze aus, dass die Bedingungen der Pfandklage auch nach der Remission von Seite des Gläubigers immer noch vorhanden seien, und dass folglich dem Besitzer mit einer Exception geholfen werden müsse. Das vorliegende Fragment scheint aber nun eine ganz andere Theorie aufzustellen. Nicht nur die eigentliche Zahlung, sondern ebenso jeder freiwillige Rücktritt von Seite des Gläubigers, jedes recedere a pignore, enthält eine Befriedigung und fällt als solche unter den Begriff von satisfactum. Hiernach scheint es, als werde die Pfandklage durch die Remission selbst undurchführbar; denn so oft ein satisfactum bewiesen werden kann, bedarf es keiner Exception, es treten dieselben Verhältnisse ein, als läge Solution vor. Diese Schwierigkeit wäre in der That unlösbar, dürften wir nicht annehmen, das satisfactum habe einen verschiedenen Umfang, je nachdem von der pignoraticia in personam oder von der actio hypothecaria die Rede ist. Für beide Klagen hat die Satisfaction Bedeutung, aber für beide eine gerade entgegengesetzte. Die pignoraticia in personam actio setzt die Satisfaction voraus,[1])

[1]) Diess sagt unser Fragment 9. § 3. D. c. deutlich. Eine merkwürdige Anwendung davon in Fr. 1. § 1. De liber. leg. (XXXIV. 3.) Iulianus scripsit: si res pignori data legetur debitori a creditore, valere legatum habereque eum actionem, ut pignus recipiat prius, quam pecuniam solvat. Sic autem loquitur Iulianus, quasi debitum non debeat lucrari; sed si alia testantis voluntas fuit, et ad hoc pervenietur exemplo luitionis. Der Erlass enthält Satisfaction, und er wird auch dann noch als Satisfaction wirken, wenn die Schuld mit erlassen ist, eine Solution ist auch hier nicht anzunehmen. — Ueber das solutum der actio pignoraticia in personam siehe

die hypothecaria wird dagegen durch dieselbe ausgeschlossen. Diese Verschiedenheit in der rechtlichen Bedeutung zieht eine verschiedene Interpretation nach sich. Für die actio hypothecaria blieb man bei der eigentlichen engern Bedeutung des Wortes Satisfaction und begriff darunter jede Befriedigung ohne Baarzahlung;[2]) für die pignoraticia dagegen gieng man weiter, und stellte den Fällen der Befriedigung auch noch die der Entsagung ohne Befriedigung gleich. Die actio pignoraticia in personam kam demnach auch da schon zur Anwendung, wo die hypothecaria an sich noch begründet, aber durch eine Exception zu entkräften ist.

11. Die Pfandklage der nachstehenden unbefriedigten Gläubiger hat nach dem Verkauf von Seite des Erstberechtigten keine Kraft mehr. Darüber lassen folgende Rescripte keinen Zweifel.

L. 6. C. qui pot. in pign.

Si generaliter bona sint obligata et postea res alii specialiter pignori dentur: quoniam ex generali obligatione potior habetur creditor, qui antea contraxit, si ab illo priore tempore tu comparasti: *non oportet te ab eo, qui postea credidit, inquietari.*

L. 1. C. si antiq. cred.

Si vendidisset, qui ante pignus accepit, *persecutio tibi hypothecaria superesse non potest.* — —

Ueber die Rechtshilfe, durch welche dieser Satz vermittelt, die Pfandklage des nachstehenden Gläubigers unwirksam gemacht wird, finden wir nirgends genauere Nachrichten. Da nun die Bedingungen der actio hypothecaria stets erfüllt sind, so bleibt uns nur die Wahl zwischen folgender Alternative: entweder haben die Römer, dem klaren Inhalt der Formel zum

---

Fr. 9. §§ 4. 5. Fr. 10. Fr. 12. pr. §§ 2. 5. Fr. 20. § 2. Fr. 28. pr. Fr. 40. § 2. Fr. 43. pr. De pign. act. L. 3. C. de luit. pign. (VIII. 31.)

2) Das Genauere über diesen Gegenstand wird später dargestellt werden. Hier sehe man vorläufig folgende Stellen: Fr. 5. §§ 2. 3. Fr. 6. Fr. 14. Quib. mod. pign. Fr. 5. § 3. De verb. obl. (XLV. 1.) Fr. 49. De solut. et liber. (XLVI. 3.)

Trotz und in directem Gegensatz zu demselben, die Klage schlechtweg als unanwendbar erklärt, und dieselbe nach stattgehabtem Verkauf nicht weiter eingeräumt, oder aber sie sind bei dem Inhalt der Formel stehen geblieben und dem Käufer auch hier mit einer Exception zu Hilfe gekommen. Der erste Ausweg ist in dem Recht der Pfandklage nicht ohne Beispiel. Wenn das Eigenthum des Verpfänders durch die Erfüllung der in diem addictio oder ähnlicher Nebenberedungen sein Ende erreicht, so kann die Pfandklage nicht länger wirksam sein, und doch sind ihre beiden Bedingungen, der Pfandvertrag und die Nichtbefriedigung des Gläubigers nach wie vor erfüllt. Hier wird die Formel nicht weiter beachtet, sondern das ganze Recht als beendigt erklärt: pignus finitur, und demgemäss die Klage versagt.[1]) Sollen wir nun dasselbe gegen die nachstehenden Gläubiger nach stattgehabtem Pfandverkauf annehmen, und einfach sagen: pignus finitum est? Die Ausdrucksweise der beiden angeführten Rescripte scheint allerdings auf eine solche Behandlungsweise unseres Falles hinzudeuten. Die Kaiser sagen: emtorem non oportet inquietari und noch bezeichnender: actio hypothecaria superesse non potest. Und doch hat die exceptio viel mehr Wahrscheinlichkeit. Der Rückfall des Eigenthums ist für unsern Fall nicht maasgebend. Das Pfandrecht kann das zu Grunde liegende Eigenthum freilich nicht überdauern, aber gar wohl dessen Veräusserung, daher wird es dort mit Recht heissen: pignus finitur, niemals aber hier. Auch die angeführte absolute Ausdrucksweise der kaiserlichen Rescripte ist der Annahme einer Exception nicht im mindesten zuwider. In derselben Weise wird von dem Einfluss der Einwilligung in die Veräusserung des Schuldners gesprochen und doch kann in diesem Fall der Gebrauch einer Einrede nicht im mindesten zweifelhaft sein.[2]) — Der Inhalt der Exception, mit welcher die Klage des nachstehenden Gläubigers abgewiesen wird, lässt sich leicht errathen. Wir haben

[1]) Fr. 3. Fr. 6. pr. Quib. mod. pign. — Ein ähnliches Verlassen der Formel rechtfertigt Marcian in Fr. 13. § 5. De pign. et hyp.

[2]) S. oben in diesem Abschnitt. § 8. n. 1.

uns nur diejenige Exception in's Gedächtniss zurückzurufen, deren sich der erste Gläubiger selbst gegen seinen Hintermann bediente. Wie es hier hiess: si non mihi ante pignoris hypothecæve nomine sit res obligata,[3]) so musste der Käufer, welcher von dem ersten Gläubiger sein Recht ableitete, also excipiren: si non ab eo emi, cui ante pignoris hypothecæve nomine erat res obligata. Für die Wahl der einzelnen Ausdrücke kann allerdings nicht eingestanden werden.[4]) In derselben Weise schützt sich derjenige Käufer, mit dessen Kaufpreis der Schuldner getroffener Abrede zufolge den ersten Gläubiger abfand.[5])

Wie gegen die Klage, so ist der Käufer auch gegen das ius offerendi der nachstehenden Pfandgläubiger gesichert.[6]) Freilich muss für dieses Recht, das nicht mit Hilfe einer Formel geltend gemacht wird, der Unterschied zwischen der Aufhebung ipso iure und der per exceptionem ohne alle Bedeutung bleiben.

12. Wir wissen jetzt, dass der Käufer durch die Besitzergreifung der Pfandsache das Eigenthum des Verpfänders auf sich überträgt. Die nächste Frage geht nun dahin, ob es bei dieser einen Wirkung des Pfandverkaufs für das Recht des Verpfänders sein Bewenden hat, oder ob sich auch persönliche Verpflichtungen für denselben aus dem Contract des Gläubigers

---

3) Fr. 12. pr. Qui pot.

4) Bei dem pignus in causa iudicati tritt die Eigenthümlichkeit ein, dass frühere Conventionalpfandgläubiger den Verkauf von Seite des Gerichts nicht verhindern können, sobald das Gebot die Höhe der frühern Forderungen übersteigt. Der nachstehende Pfandgläubiger wird also hier als Erstberechtigter angesehen. Allein diess soll sich nicht so weit erstrecken, dass die frühern, rücksichtlich des Verkaufs aber zurückstehenden Gläubiger von dem Käufer abgewiesen werden könnten. Sie verlieren ihr Pfandrecht nicht durch Exception, wie andere nachstehende Pfandinhaber, sondern nur durch Befriedigung. Fr. 15. § 5. De re iud. (XLII. 1.) Darüber noch mehr im ersten Abschnitt des zweiten Bandes.

5) L. 3. C. de his qui in pr. Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores, in ius eorum successisti, et contra eos, *qui infirmiores illis fuerunt, iusta defensione te tueri potes.*

6) Fr. 3. pr. De distr. pign.

ergeben? Die Meinung der Schriftsteller über diesen Punkt ist nicht leicht zu erkennen. Doch scheint es unter ihnen als eine ausgemachte Sache zu gelten, dass der Verpfänder dem Käufer für alles dasjenige hafte, wofür der verkaufende Gläubiger selbst nicht einsteht. Man geht dabei von der Annahme aus, dass doch der Käufer stets und überall die Gesammtheit der mit dem Kaufgeschäft verbundenen Rechte erwerben müsse und dass sich der Pfandverkauf vor den übrigen Verkaufsarten nur durch die Vertheilung jener Leistungen auf zwei Personen, auf den Verpfänder und den Verkäufer, auszeichnen könne. In Anwendung dieses Grundsatzes sagt man denn: der Gläubiger steht nicht für Eviction ein, folglich muss sich der Käufer an den Verpfänder halten.[1]) Allein diess Prinzip lässt sich durchaus nicht rechtfertigen. *Der Verpfänder steht in keinem Contractsverhältniss mit dem Käufer. Er* hat nicht verkauft; er hat ebenso wenig durch einen Dritten in seinem Namen verkaufen lassen; denn dem Gläubiger wurde nicht der Auftrag sondern vielmehr das *Recht* der Veräusserung ertheilt. Aber noch mehr. Der Gläubiger hat auch nicht als negotiorum gestor gehandelt; er hat vielmehr sein eigenes Interesse verfolgt: non alienum, sed suum negotium gessit.[2]) So lässt sich nirgends der Grund zu einem contractlichen Verhältniss zwischen Verpfänder und Käufer entdecken. — Mit diesem Resultat stimmt denn auch die Auffassung der römischen Juristen überein. Nirgends wird dem Käufer eine actio emti auf Tradition gegen den Verpfänder eingeräumt; er erhält vielmehr die actio hypothecaria, wie sie dem Gläubiger zustand und wird mit dieser den Verpfänder, welcher besitzt, zur Uebergabe der Sache anhalten. Was für die Tradition gilt, das muss nothwendig auch bei der Eviction befolgt werden. Wenn sich kein obligatorisches Verhältniss findet, aus welchem eine actio ex emto auf Tradition abgeleitet werden kann, so ist schwer einzusehen, wo denn nun eine solche auf Leistung der Eviction herkommen soll. In unsern Quellen sucht man in

[1]) Z. B. Sintenis, Pfandrecht. S. 524.

[2]) Papinian in Fr. 42. De pign. act.

der That vergeblich nach Zeugnissen für die Evictionsleistung des Verpfänders. Die sämmtlichen Stellen, welche gewöhnlich zum Beweise derselben angeführt werden,[3]) erwähnen sie mit keinem Wort. Sie erklären den Gläubiger als evictionsfrei, aber keineswegs den Verpfänder als evictionspflichtig, und aus jenem dieses zu folgern, ist blosse Willkühr und nicht zu rechtfertigen. Dem Käufer wird nichts weiter bewilligt als die Abtretung der actio pignoraticia contraria,[4]) mit welcher der Gläubiger sein Interesse wegen der Verpfändung einer fremden Sache verfolgt.[5]) Liegt hierin nicht ein völlig genügendes Zeugniss, dass der Käufer in keinem Contractsverhältniss zu dem Verpfänder steht, sondern nur durch die Vermittlung einer Klagecession zu ihm gelangen kann? Im Resultat ist also zu behaupten, dass der Gläubiger durch seinen Verkauf nur allein sich selbst, nicht aber den Verpfänder obligirt.

13. Wenn nun aber der Vertrag zwischen Gläubiger und Käufer den Verpfänder nicht verpflichtet, so liegt doch in den Folgen desselben ein Moment, welches einen ganz selbstständigen Obligationsgrund in sich trägt. Sobald nämlich der Käufer den Preis leistet, sobald wird der Schuldner von seiner Schuld befreit und überdiess für den etwaigen Ueberschuss selbst Gläubiger, mithin um den ganzen Betrag des Kaufpreises aus fremdem Gut bereichert. Diese Bereicherung ist nun eben jener selbstständige Obligationsgrund, auf den wir hindeuteten. Die Störung der Vermögensverhältnisse muss entfernt, der frühere Zustand wieder hergestellt werden. Der Schuldner wird daher angehalten, den ganzen Betrag, um welchen er reicher, der Dritte ärmer geworden ist, sammt den Zinsen herauszugeben, so weit nicht etwa schon durch den Fruchtbezug Ausgleichung herbeigeführt worden ist. Diess Prinzip wird von Tryphonin in der schon öfters angeführten Disputation hervorgehoben und von Hermogenian zunächst in

[3]) Fr. 10. De distr. pign. Fr. 11. § 16. De act. emt. vend. (XIX. 1.) Tit. C. credit. evict. non deb.

[4]) Fr. 38. D. evict. (XXI. 2.)

[5]) Fr. 16. § 1. De pign. act.

Beziehung auf das pignus in causa iudicati captum im Einzelnen angewendet.

Tryphoninus in Fr. 12. § 1. De distr. pign.

Sed quantum quidem ad creditorem, debitor liberatur; quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emtorem post evictionem, ipsi debitor utili actione tenetur, *ne ex aliena iactura sibi lucrum acquirat.*

Hermogenianus libro II. iuris epitomarum.

In Fr. 74. § 1. De evict. (XXI. 2.)

Et si iussu iudicis rei iudicatæ pignus captum per officium[1]) distrahatur, post evincatur, ex emto contra eum, qui pretio liberatus est, non quanti interest, sed de pretio dumtaxat, eiusque usuris, habita ratione fructuum, dabitur, scilicet si hos ei, qui evicit, restituere non habebat necesse. —

Es ist nicht zu übersehen, dass Tryphonin den Eigenthümer mit dem Käufer gleich behandelt, und ihm vor der Eviction, wie jenem nachher, eine actio utilis[2]) auf Schadloshaltung einräumt; dadurch wird vollends klar, dass der Obligationsgrund, welcher hier zur Wirksamkeit gelangt, nicht der Kaufvertrag als solcher, sondern einzig und allein die Bereicherung aus fremdem Vermögen, das lucrum ex aliena iactura, ist. Es kann daher unmöglich darauf ankommen, ob der ganze Betrag des Kaufpreises ausgezahlt wurde, oder aber nur ein Theil desselben. Das lucrum ex aliena iactura ist auch in dem letztern Falle vorhanden, daher die Anwendung der actio utilis auch hier begründet. So ergiebt sich folgender Grundsatz: der Verkauf von Seite des Gläubigers obligirt den Schuldner nur so weit, als dieser aus fremdem Verlust bereichert ist.

---

[1]) D. h. durch das Gerichtssecretariat.

[2]) Darunter ist die actio emti utilis zu verstehen, sobald der Käufer klagt. Fr. 74. § 1. D. c. Jedes Recht, das sich an den Kauf anschliesst, kann mit der Kaufklage geltend gemacht werden. Dem Eigenthümer dagegen muss ein anderes Rechtsmittel eingeräumt werden. Er hat ja nicht gekauft, er steht auch in gar keinem Verhältniss zu dem Käufer. Ihm kann daher nur eine utilis condictio zustehen. Der Sprachgebrauch sthet nicht entgegen. Vgl. Fr. 66. De sol. et lib. (XLVI. 3.) — pupillus in quantum locupletior factus est, utpote debito liberatus, utili actione tenebitur. —

Die Consequenzen sind einleuchtend. An einen Eintritt des Schuldners in alle diejenigen Verpflichtungen, welche dem verkaufenden Gläubiger erlassen werden, ist nicht zu denken. Daher scheint es unzulässig, den Schuldner aus dem Kauf zur Prästation der diligentia und custodia oder zu der Herausgabe der seit dem Contractsabschluss gezogenen Früchte zu verpflichten, sobald der Gläubiger wegen Nichtbesitz von diesen Verpflichtungen frei ist. Der Käufer kann in diesen Fällen nur durch Vermittlung von actiones cessæ an den Verpfänder gelangen, also mit der hypothecaria die Früchte so weit gewinnen, als es die Natur dieser Klage mit sich bringt, und wegen Deterioration oder Vernichtung der Pfandsache [3]) mit der pignoraticia contraria Ersatz verlangen.

14. Wir haben nunmehr von den Leistungen des Käufers zu reden. Hier kommt wiederum das oben entwickelte Prinzip zur Anwendung. Der Käufer ist ausschliesslich dem Gläubiger verpflichtet, dem Verpfänder nur auf dem Wege der Klagecession erreichbar. Wird also z. B. der rechtzeitige Empfang des Kaufobjekts verweigert, so kann der Schuldner für die ihm dadurch verursachten Auslagen, etwa die Fütterungskosten eines Pferdes,[1]) nicht anders als mit der actio ex vendito utilis Ersatz erlangen.

15. Die Leistung des Kaufpreises ist von einer doppelten Rechtswirkung begleitet: sie tilgt zwei Obligationen durch eine Zahlung: die Verpflichtung des Käufers aus dem Kaufcontract, überdiess diejenige des Schuldners, beide ipso iure, die erste völlig, die zweite nur bis zu der Höhe des Kaufpreises,[2]) und so dass für den Ueberrest die persönliche Schuldforderung ungeschmälert erhalten bleibt. Alle diese Sätze lassen sich aus der Interpretation des Verkaufsvertrags ableiten. Die Absicht der Partheien, welche denselben hervorrief, setzt den Erlös an die Stelle der directen Rückzahlung, eben dieselbe

---

[3]) Fr. 24. § 3. De pign. act.

[1]) Fr. 38. § 1. De act. emt. vend. (XIX. 1.)

[2]) Ueber die liberatio pro parte Fr. 9. § 1. De sol. et lib. (XLVI. 3.)

verwirft für den Gläubiger die Annahme eines blossen Wahlrechts zwischen der Pfandveräusserung und der persönlichen Klage.

Von den Quellenzeugnissen verdienen folgende besondere Hervorhebung:

Marcianus libro II. regularum.

In Fr. 44. De sol. et lib. (XLVI. 3.)

In numerationibus aliquando evenit, ut una numeratione duæ obligationes tollantur uno momento, veluti si quis pignus pro debito vendiderit creditori; evenit enim, ut ex vendito tollatur obligatio et debiti.[3])

Pomponius libro XXXV. ad Sabinum.

In Fr. 26. D. eod.

Si creditor fundum pignoraticium vendiderit, et quantum ei debebatur, receperit, debitor liberabitur. — —

L. 10. C. de obl. et act. (IV. 10.)

Adversus debitorem electis pignoribus personalis actio non tollitur, sed eo, quod de pretio servari potuit, in debitum computato,[4]) de residuo manet integra.[5])

Die Liberation des Schuldners ist an die Auszahlung oder den Erlass des Preises geknüpft. Das blosse Forderungsrecht aus dem Kauf enthält noch keine Befriedigung. Man könnte zwar einwenden, der Gläubiger habe sich doch selbst dem Käufer anvertraut, nach der Ausdrucksweise der Römer: creditorem fidem emtoris secutum esse, er müsse daher auch die Gefahr tragen. Allein diese Bemerkung ist darum nicht stichhaltig, weil der Gläubiger, wenn er auch in der Wahl des Käufers frei handelt, doch zu dem Verkauf selbst nicht aus freiem Willen, sondern nothgedrungen schreitet. Ein anderes ist es, wenn er den Kaufpreis aus freien Stücken creditirt.

---

3) Mit der zweiten Hälfte der Stelle ist Fr. 38. § 2. D. eod. zu vergleichen.

4) Dieser Ausdruck erinnert an die Darstellung der L. 3. C. de luit. pign., wo es heisst: rebus — distractis et *compensato pretio*, eine Ungenauigkeit, welche man der Zeit Diocletians nachsehen muss.

5) Vgl. Fr. 9. § 1. De distr. pign. Fr. 28. De reb. cred. (XII. 1.) L. 8. C. si cert. pet. (IV. 2.)

Diess freiwillige fidem emtoris sequi steht der Auszahlung des Kaufpreises völlig gleich, und begründet wie diese, augenblickliche Liberation. — Eine ähnliche Modification der allgemeinen Regel ist dann anzunehmen, wenn der Gläubiger bei der Wahl des Käufers nicht denjenigen Grad von Sorgfalt zur Anwendung bringt, der auch für die Behandlung der Pfandsache nach den Regeln des contractus pignoraticius von ihm gefordert werden kann. In einem solchen Fall sieht sich der Schuldner jedoch nicht ipso iure befreit, sondern nur durch eine doli exceptio gegen die Klage gesichert. Es lastet nämlich eine offenbare Unredlichkeit auf seinem Benehmen, wenn er auf der einen Seite seine Forderung einklagt, und sich doch auf der andern selbst für den Verkaufswerth der Pfandsache verantwortlich weiss.

Paulus libro III. quæstionum.

In Fr. 9. pr. De distr. pign.

Quæsitum est: si creditor ab emtore pignoris pretium servare non potuisset, an debitor liberatus esset? Putavi, si nullâ culpa[6]) imputari creditori possit, manere debitorem obligatum, quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta.

Pomponius libro XXXV. ad Sabinum.

In Fr. 26. De sol. et lib.[7])

---

[6]) Paulus bezeichnet den Grad der culpa nicht näher und auch zwischen denjenigen Stellen, welche sich mit der Bestimmung desselben beschäftigen, herrscht ein offenbarer Widerspruch. Während mehrere Zeugnisse den Gläubiger für das ihm in eigenen Angelegenheiten zur Gewohnheit gewordene Versehen nicht entschuldigen, Fr. 13. § 1. Fr. 14. Fr. 22. § 4. Fr. 30. De pign. act. § 4. I. quib. mod. re. (III. 14.) L. 19. C. de pign. et hyp. — giebt es eine Stelle, welche offenbar eine mildere Behandlungsweise vorschreibt. Fr. 18. pr. Commod. (XIII. 6.) Diese scheint denn überall da gerechtfertigt, wo die Hingabe des Pfandes utriusque causa geschah, wie in dem Fall des Fr. 27. De pign. act. Die gewöhnliche Pfandhingabe geschieht aber immer nur creditoris causa und diess selbst dann, wenn eine Antichrese verabredet, oder der in Fr. 39. De pign. act. erwähnte Vertrag abgeschlossen wurde. In allen diesen Fällen wird daher die Prästation jeder culpa verlangt.

[7]) Den Anfang der Stelle s. am Eingang dieses Paragraphen. Besonders zu bemerken sind daselbst die Worte: et quantum ei debibatur, *recuperit*.

— Sed et si acceptum emtori pretium tulisset creditor, vel ab eo stipulatus esset, debitor nihilominus liberabitur. —

Endlich ist zu bemerken, dass auch die Zahlung nicht immer Liberation des Schuldners zur Folge hat. So oft nämlich der getroffene Verkauf rückgängig gemacht werden kann, sei es in Folge einer allgemeinen Regel, wie z. B. durch die Redhibition, sei es kraft besonderer Beredung, etwa durch die Aufnahme einer in diem addictio,[8]) so oft hat die Zahlung keine andere Wirkung, als dass sie dem Gläubiger einstweilen das Klagerecht entzieht. Erst der endliche Erfolg wird die Liberation zur Entscheidung bringen, sie mit dem Kauf stehen, sie mit ihm fallen lassen.

Pomponius libro XXXV. ad Sabinum.

In Fr. 26. De sol. et lib.

— — Sed et si servus pignoratus a creditore venierit, quamdiu redhiberi possit, non liberabitur debitor, sicut in quolibet pignore vendito, quamdiu res inemta fieri possit.

In ähnlicher Weise wird die Liberation durch die Uebernahme der Evictionsleistung von Seite des Gläubigers suspendirt.

Tryphoninus libro VIII. disputationum.

In Fr. 12. § 1. De distr. pign.

— — Quodsi non ita vendidit (creditor), ut certum sit omnimodo apud eum pretium remansurum, verum obligatus est ad id restituendum, arbitror, interim quidem nihil a debitore peti posse, sed in suspenso haberi liberationem; verum si actione ex emto conventus, præstitisset pretium creditor emtori, debitum persequi eum a debitore posse, quia apparuit non esse liberatum.

---

8) Ich wähle diess Beispiel, weil es noch einige Besonderheiten darbietet. Der erste Kauf wird hier nicht nur aufgelöst, sondern in demselben Augenblick durch einen zweiten, dem Verkäufer günstigern ersetzt. Fr. 1. Fr. 11. pr. De in diem add. (XVIII. 2.) Die Pfandsache ist daher hier keinen Augenblick ganz unverkauft, sondern nur in Beziehung auf den ersten Käufer inemta. Nichts desto weniger wird auch hier die Liberation suspendirt, eine Bestimmung, welche besonders dann von Wichtigkeit ist, wenn der zweite Käufer sich als insolvent erweist.

Der Rechtsgrund der Evictionspflicht ist hiebei völlig gleichgiltig. Ob der Gläubiger die dupla ausdrücklich versprach, ob er das fremde Eigenthum kannte, oder den Käufer von der Qualität seines Rechts nicht unterrichtete: immer wird die Folge der Eviction dieselbe sein, Nichteintritt der Liberation von Anfang an. Der Zwischenzustand geht zu Ende. Das alte Schuldverhältniss, eine Zeitlang in seiner Wirksamkeit unterbrochen, tritt wieder in Kraft. Der Gläubiger fordert zunächst sein Capital, überdiess aus der alten Stipulation die mittlerweile verfallenen Zinsen, diese jedoch nur insofern die Eviction mit dem doppelten Kaufpreis gebüsst wurde, denn sonst würde sich der Gebrauchswerth des Kaufpreises gegen die Zinsen aufheben.

Tryphoninus libro VIII. disputationum.

In Fr. 23. De pign. act.

Nec enim amplius a debitore quam debiti summam consequi poterit. Sed si stipulatio usurarum fuerat et post quinquennium forte, quam pretium ex re obligata consecutus est, victus eam emtori restituit, etiam medii temporis usuras a debitore petere potest, quia nihil ei solutum esse, ut auferri non possit, palam factum est; sed si simplum præstitit, doli exceptione repellendus erit ab usurarum petitione, quia habuit usum pecuniæ pretii, quod ab emtore acceperat.

Der einfache Kaufpreis gilt in dieser Berechnungsweise dem Gebrauchswerth des empfangenen Geldes gleich. Auf die Zeitdauer kommt dabei nichts an. Ob der Gläubiger den Kaufpreis nur ein Jahr oder ein volles Decennium nutzte: es wird immer so angesehen, als habe er durch die Leistung der dupla den ganzen Gewinn der Zwischenzeit an den Käufer abgetreten, die dupla gilt in allen ihren Anwendungen als Ersatz des vollen interesse,[9]) muss daher unter allen Umständen zur Einforderung der mittlerweile verfallenen Zinsen berechtigen.

---

[9]) Fr. 48. De evict. (XXI. 2.)

16. Mit der Liberation des Schuldners wird die Pfandklage undurchführbar. Nicht-Solution ist ja eine ihrer Hauptbedingungen. Hieraus scheint die Unmöglichkeit der Cession dieser Klage an den Käufer mit Nothwendigkeit zu folgen. Denn wenn auch zur Zeit der Abtretung der Kaufpreis noch nicht gezahlt, die Klage also noch nicht getilgt ist, so wird sie doch jedenfalls durch die nachfolgende Zahlung aufgehoben. Ja auch da, wo gar keine Zahlung erfolgt, aber die Schuld der Nichtzahlung auf dem Gläubiger ruht,[1]) auch da wird Solution angenommen; denn eine solche liegt in jeder Befreiung des Schuldners, sollte diese auch nur mit Hilfe einer doli exceptio bewirkt werden.[2]) Wie sollen wir uns nun aus diesem Widerspruch heraushelfen? Auf der einen Seite Untergang der Klage wegen eingetretener Solution, auf der andern Pflicht zur Abtretung derselben Klage an den Käufer. Die römischen Juristen erwähnen diese Schwierigkeit mit keiner Sylbe. Aber die Grundsätze, welche sie in andern ähnlichen Fällen befolgen, kommen auch hier zur Anwendung. Wir haben schon früher Gelegenheit gehabt, dieselben in ihrem Zusammenhang zu entwickeln. Insbesondere wurde auf die Argumentation des Paulus[3]) und anderer Juristen[4]) aufmerksam gemacht, welcher zufolge die Verpflichtung zur Abtretung einer Klage die Annahme ihrer Fortdauer selbst gegen die strengen Consequenzen des Rechts rechtfertigt. Ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum ut præstet actiones. In ähnlicher Weise muss die Fortdauer der hypothecaria trotz der Liberation des Schuldners erklärt werden. Das Recht, welches ihre Cession verlangt, kann nicht zugleich ihren Untergang annehmen. Der Kaufpreis darf folglich auch hier nicht sowohl als pretium rei, sondern nur als pretium actionis aufgefasst werden.[5])

---

[1]) Fr. 9. pr. De distr. pign.
[2]) Fr. 54. De sol. et lib. (XLVI. 3.) Fr. 59. pr. Ad S. C. treb. (XXXVI. 1.)
[3]) Fr. 36. De fid. et mand. (XLVI. 1.)
[4]) Julian und Ulpian in Fr. 14. Mand. (XVII. 1.)
[5]) Vgl. Fr. 36. De fid. et mand. (XLVI. 1.) Fr. 76. De sol. et lib. (XLVI. 3.) Fr. 5. pr. De cens. (L. 15.)

17. In dem Bisherigen sind wir von der Annahme ausgegangen, dass die Pfandsache dem verkaufenden Gläubiger nur für eine einzige Forderung haftet. Diess ist in der That der einfachste und leichteste Fall. Verwickelter gestaltet sich die Sache, wenn der Gläubiger für mehrere getrennte Forderungen auf dasselbe Pfand angewiesen ist. Davon soll nun genauer gesprochen werden. Unsere Frage geht dahin: wie wird der Erlös vertheilt? Nach welchen Regeln bestimmt sich die Tilgung der mehrern concurrirenden Forderungen? Man sieht, es ist dieselbe Frage, welche auch bei der *Zahlung* zur Sprache kommt, so oft der empfangende Gläubiger mehrere Ansprüche an denselben Schuldner in seiner Person vereinigt. Aber die Antwort lautet in beiden Fällen verschieden. Anders wird die Solution, anders der Pfandverkauf beurtheilt. — Unsere folgende Darstellung sondert zwei Fälle. Die mehrern Forderungen sind bald ohne allen innern Zusammenhang, bald stehen sie in dem Verhältniss von Capital und Zins. Beide Fälle unterliegen einer verschiedenen Behandlung.[1]) Wir sprechen zuerst von der Verpfändung derselben Sache für mehrere von einander unabhängige Forderungen.

18. Die Entscheidung des vorliegenden Falles wird durch die Auslegung des Partheiwillens geleitet. In der Uebereinkunft der Partheien hat die Verkaufsbefugniss ihre rechtliche Grundlage, derselben sind die einzelnen Bestimmungen über deren Ausübung anheimgegeben. Was ist natürlicher, als dass man auch bei der Vertheilung des Erlöses wiederum nach demselben Partheiwillen forscht? Und dieser spricht sich in der gleichzeitigen doppelten Verpfändung derselben Sache klar genug aus. Es ist so gut, als hätte der Schuldner die Vertheilung des Erlöses auf beide Forderungen nach Maasgabe der Schuldsummen zur Bedingung seiner Verpfändung gemacht. Der Gläubiger hat also kein Wahlrecht, eben so wenig die

---

[1]) Cuiacius, der diess übersieht, geräth dadurch in unlösbare Widersprüche, ad Fr. 96. § 3. De sol. et lib. (XLVI. 3.) Opp. t. IV. p. 1323. 1324.

Pflicht, auf die in ihren Folgen drückendere Schuld nach den für die Solution geltenden Grundsätzen[1]) zuerst abzurechnen.[2])

Papinianus libro XXVIII. quæstionum.

In Fr. 95. § 3. De sol. et lib. (XLVI. 3.)

Quum eodem tempore pignora duobus contractibus obligantur, pretium eorum pro modo pecuniæ cuiusque contractus creditor accepto facere debet, nec in arbitrio eius electio erit, quum debitor pretium pignoris consortioni subiecerit.

Die Schlussworte dieser Stelle weisen offenbar auf die Interpretation der Partheiabsicht als die Quelle der gegebenen Entscheidung hin. Es kann daher auch nicht bezweifelt werden, dass eine entgegengesetzte ausdrückliche Bestimmung rechtlich Kraft haben muss.

19. Die Vertheilung des Pfanderlöses auf Zins und Kapital ist durch kaiserliche Rescripte besonders geordnet. Die vollkommene Einsicht in den Grund dieser Bestimmungen verlangt eine genauere Darstellung der Rechtssätze, durch welche die Haftbarkeit des Pfandes für die Zinsen bestimmt wird. Wenige Theile des römischen Pfandrechts sind so völlig und so allgemein missverstanden worden, wie gerade dieser; über wenige gehen die Meinungen der Schriftsteller so weit auseinander. Bald heisst es, das Pfand hafte stets und ohne ausdrücklichen Vertrag auch für die Zinsen;[1]) bald, der Gläubiger habe für dieselben ein blosses Retentionsrecht;[2]) bald wird auch diess in Abrede gestellt und für die Zinsen wie für jede andere Forderung eine ausdrückliche Pfandberedung gefordert.[3]) Allgemeine Grundsätze sowohl als bestimmte Quellenzeugnisse vereinigen sich, der letzten unter diesen verschiedenen Meinungen den Vorzug zu geben; allgemeine Grundsätze: denn es wäre im höchsten Grade auffallend, wenn für irgend eine nicht privilegirte Forderung ein Pfandrecht ohne

---

[1]) Fr. 1—5. pr. Fr. 97. De sol. et lib.

[2]) Wie Sintenis, Pfandrecht. S. 521. irrthümlich behauptet.

[1]) Gesterding, Pfandrecht. S. 60. und die von ihm S. 51. angeführten.

[2]) Weber, natürliche Verbindlichkeiten.

[3]) Voetius ad DXX. 4. § 27. Puchta, Pandecten. § 204.

Pfandvertrag angenommen werden sollte. Oder lässt sich etwa aus dem eigenthümlichen Verhältniss von Zins und Kapitalforderung eine besondere Modification jenes Grundsatzes ableiten? Dass diess Verhältniss in der That besondere Wirkungen hat, ist nicht zu läugnen; aber die Nothwendigkeit eines Pfandvertrags wird dadurch nicht entfernt. — Unter den ausdrücklichen Zeugnissen stehen folgende obenan:

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

In Fr. 13. § 6. De pign. et hyp.

Propter usuras quoque si obligata sit hypotheca, usuræ solvi debent. Idem et in pœna dicemus.

Ulpianus libro XXVIII. ad edictum.

In Fr. 11. § 3. De pign. act.

Si in sortem duntaxat vel in usuras obstrictum est pignus, eo soluto, propter quod obligatum est, locum habet pignoraticia. Sive autem usuræ in stipulatum sint deductæ, sive non, si tamen pignus et in eas obligatum fuerit, quamdiu quid ex his debetur, pignoraticia cessabit. Alia causa est earum, quas quis supra licitum modum promisit; nam hæ penitus illicitæ sunt.

Beide Fragmente verlangen eine bestimmte, auf das Zinsversprechen bezügliche Verpfändung. Fehlt diese, so hat der Gläubiger keinen Anspruch. Der zu Gunsten des Kapitals geschlossene Pfandvertrag ist für die Zinsen ohne Bedeutung. Dadurch wird die Möglichkeit, das Pfand in einem allgemeinen, Kapital und Zins gleich umfassenden Ausdruck zu bestellen, nicht ausgeschlossen. So kann es z. B. heissen: in *omne debitum* pignori obligo,[4]) und Niemand wird zweifeln, dass darunter auch die Zinsen begriffen sind. Ja man kann noch weiter gehen und sich eine Pfandverschreibung denken, zu deren Erläuterung die Grundsätze über Interpretation zu Hilfe gerufen werden müssen. Aber auch hier ruht das Pfandrecht der Zinsen nicht etwa auf dem das Kapital betreffenden Pfandvertrag, sondern auf einem besondern pactum, war dieses auch etwas dunkler gefasst und daher nicht so leicht zu inter-

4) Vgl. Fr. 35. pr. De pign. act. Fr. 18. Qui pot.

pretiren, als in manchen andern Fällen. Jede Untersuchung über unsern Gegenstand muss also folgenden Satz anerkennen: Die Zinsen geniessen nur dann ein Pfandrecht, wenn auch für sie ein Pfandvertrag nachgewiesen werden kann, mag dieser nun in einer besondern nur die Zinsen betreffenden Beredung, oder in einem auch das Kapital umfassenden Ausdruck enthalten sein.[5])

20. Von diesem Grundsatz geleitet gehen wir nunmehr an die Interpretation derjenigen Gesetze, welche die Verwirrung in unserer Lehre eigentlich veranlasst haben.[1]) Es sind die LL. 4. 22. C. de usuris (IV. 32.)

L. 4. C. c. Impp. Severus et Antoninus AA. Honorio.

Per retentionem pignoris usuras servari posse, de quibus præstandis convenit, *licet stipulatio interposita non sit*, merito constitutum est et rationem habet, quum pignora conventione pacti etiam usuris obstricta sint. Sed enim in causa, de qua agis, hæc ratio cessat, si quidem tempore contractus de minoribus usuris petendis convenit, postea autem quum se debitor præstaturum maiores repromisit, non potest videri rata pignoris retentio, quando eo tempore, quo instrumenta emittebantur, non convenit, ut pignus etiam ob hanc adiectionem teneatur.

L. 22. C. c. Imp. Philippus A. Carino.

Pignoribus quidem intervenientibus usuræ, *quæ sine stipulatione peti non poterant*, pacto retineri possunt. Verum hoc iure constituto, quum huiusmodi nullo interposito pacto tantummodo certæ summæ præstari pœnam convenisse proponas, nec peti nec retineri quicquam amplius posse, et ad pignoris solutionem urgeri te disciplina iuris, perspicis.

[5]) Die vielen andern Stellen, in welchen der Zinsen und ihres Verhältnisses zu dem Pfand Erwähnung geschieht, sind für die vorliegende Untersuchung ohne Bedeutung, weil sie andere Fragen erörtern und die Bedingungen, unter welchen das Pfandrecht zur Entstehung kommt, nicht jedesmal besonders hervorheben. Dahin gehören: Fr. 3. § 1. Fr. 12. § 6. Fr. 18. Fr. 20. Qui pot. Fr. 2. Fr. 3. § 1. De distr. pign. L. 22. C. de pign. et hyp. L. 10. C. de distr. pign. L. 2. C. debit. vend. pign.

[1]) Erklärungsversuche bei Francke, civilistische Abhandlungen S. 82. ff. Gesterding, Pfandrecht. S. 59—63. Sintenis, Pfandrecht. S. 438—442.

Diese Gesetze heben den Umstand besonders hervor, dass in den beiden zur Beurtheilung vorliegenden Fällen das Zinsversprechen nicht auf einer Stipulation beruhte, sondern in einem einfachen pactum bestand. Ja es scheint geradezu, als ob sich hierum die ganze Entscheidung drehe. Die Kaiser sagen: *das einfache Zinsversprechen erzeugt keine Klage, aber zur Begründung eines giltigen Pfandrechts ist es vollkommen hinreichend.*[2]) Hierin besteht die besondere Wirkung, zu welcher das eigenthümliche Verhältniss von Kapital und Zins führte, und auf welche wir oben (§ 19.) hindeuteten. Es wird unsere Aufgabe sein, den Grund und die Grenze dieser Auszeichnung ans Licht zu stellen.

Wir haben im Laufe unserer Abhandlung schon öfter den Satz ausgesprochen, die Pfandklage ruhe auf dem Pfand-Contract. Diese Behauptung bedarf nun noch einer besondern Bestimmung. Der Pfandcontract ist allerdings wesentlich erforderlich, aber er genügt nicht. Es muss ein persönliches Schuldverhältniss hinzutreten. Ein solches ist vorhanden, wenn das Pfand für eine giltige Darlehensforderung, ebenso, wenn es für ein rechtlich bindendes Zinsversprechen bestellt wird. Wie aber nun, wenn dieses Zinsversprechen selbst nicht bindet? Dem aufgestellten Grundsatz zufolge kann dann der Pfandvertrag keine Bedeutung haben. Aber hievon wird eine Ausnahme zugelassen. Man berücksichtigt das innige Verhältniss zwischen Kapital- und Zinsforderung, und bezieht die in dem Darlehens-Contract liegende persönliche Verbindlichkeit des Schuldners auch auf deren Erweiterung, die Zinsen.[3]) So kommt es, dass

---

[2]) Der erste Theil dieser Behauptung kehrt öfters wieder. Fr. 11. § 1. De reb. cred. (XII. 1.) Fr. 10. § 4. Mand. (XVII. 1.) Fr. 24. pr. De præscr. verb. (XIX. 9.) Paulus R. S. II. 14. § 1. Er gilt jedoch nur unter der Voraussetzung eines Gelddarlehns. Neben einer Stipulationsschuld, ebenso neben einem Darlehn nicht auf Geld, hat auch schon das einfache Zinspactum Klagbarkeit. Fr. 40. De reb. cred. (XII. 1.) L. 12. 23. C. de usuris. (IV. 32.) Diese Begünstigung verdankt ihre Entstehung demselben nahen Verhältniss zwischen Kapital- und Zinsforderung, auf welche wir die Zulassung der hypothecarischen Klage für das nicht klagbare Zinspactum im Text zurückgeführt haben.

[3]) Daher die Unanwendbarkeit der indebiti condictio auf die Zinsen, welche

zur Giltigkeit des für eine Zinsforderung bestellten Pfandrechts nicht noch eine besondere Zinsenstipulation erfordert wird, sondern dass hier vielmehr das blosse unverbindliche pactum genügt.[4])

Keine andere Forderung wurde in ähnlicher Weise bevorzugt. Auch die dem Hauptvertrage angehängte Pönalsatzung war zur Begründung des für sie bestellten Pfandrechts nur dann hinreichend, wenn sie in verbindlicher Form, d. h. durch Stipulation, abgeschlossen worden war. Auf diesen Unterschied zwischen Zinsen und Strafgeld macht Philippus in L. 22. C. c. aufmerksam, und daraus erklärt sich die besondere Bemerkung in Fr. 11. § 3. D. c., wonach Stipulation und pactum ausschliesslich nur für die Zinsen einander gleich gestellt sind.[5])

21. Für die Praxis hatte die Anerkennung des für ein einfaches Zinsversprechen bestellten Pfandes grosse Wichtigkeit. Jetzt war auch ohne Stipulation eine Klage möglich, nämlich die actio hypothecaria. Der Gläubiger konnte den Besitz der Pfandsache einklagen und sich in demselben bis zu der Tilgung des ganzen Zinsbetrages erhalten, ohne Zweifel auch, wie in jedem andern Falle, für den kleinsten Zinsenrest zum Verkauf schreiten. Es lässt sich durchaus nicht einsehen, warum ein für die Zinsen giltig bestelltes Pfand nicht so vollkommen sein sollte, als irgend ein anderes. Man hat zwar öfters auf die Fassung der beiden Rescripte aufmerksam gemacht und daraus ableiten wollen, dass ein solches Pfand Nichts weiter als Retention, und weder die Pfandklage noch das Verkaufsrecht bewirke. Aber zum Beweis dieser Behauptung ge-

---

einem einfachen Versprechen gemäss ausbezahlt wurden. Fr. 26. § 1. De cond. ind. (XII. 6.) Usuræ indebitæ sind eben die aus einem nudum pactum geschuldeten. Fr. 5. § 2. De sol. et lib. (XLVI. 3.)

4) Dieser Fall schliesst sich also denjenigen an, in welchen das einfache Zinsenversprechen eine besondere Klage erzeugt. Fr. 40. De reb. cred. (XII. 1.) Fr. 30. De usuris. (XXII. 1.) Fr. 5. § 1. Fr. 7. De naut. fœn. (XXII. 2.) L. 12. L. 23. C. de usuris (IV. 32.)

5) Vgl. L. 21. C. de usuris. (IV. 32.)

nügt der Ausdruck Retention für sich allein noch lange nicht. Es giebt eben in dem Pfandrecht zwei verschiedene, wohl zu unterscheidende, aber meist mit einander verwechselte Retentionen. Man kann in der Qualität eines Pfandgläubigers, nach Scävolas Ausdruck iure pignoris[1]) retiniren. In diesem Fall würde derselbe Rechtsgrund, der die Retention rechtfertigt, ebenso gut auch die Klage rechtfertigen, wären die Rollen vertauscht, und der Pfandgläubiger statt Besitzer Kläger. In diesem Falle sind also retentio und persecutio pignoris zwei verschiedene Arten, ein und dasselbe Recht geltend zu machen, sie werden daher auch in unsern Quellen öfters mit einander zusammengestellt.[2]) Die zweite Retention ist nicht die Aeusserung eines an der Sache bestehenden Pfandrechts, sondern das Resultat einer zu Gunsten des Besitzers ertheilten doli exceptio. Diese besteht ganz vereinzelt für sich, ihr entspricht keine Klage. Der dolus, welcher den Besitz schützt, kann zur Begründung der Pfandklage für den Nichtbesitzer keineswegs hinreichen. Auch an Beispielen dieser Retention fehlt es nicht.[3]) Welche ist nun in den angeführten Rescripten L. 4. 22. C. de usuris anzunehmen? Die Kaiser lassen uns in der That nicht lange rathen. Severus und Antoninus heben den Rechtsgrund der Retention ausdrücklich hervor:

et rationem habet, quum pignora conventione pacti[4]) etiam usuris obstricta sint.

Also weil der Pfandvertrag auch bei einem einfachen Zinsversprechen bindende Kraft hat, desshalb kann das Pfand retinirt werden. Ist grössere Deutlichkeit möglich? Der Gläu-

---

1) Fr. 21. § 1. Qui pot. verglichen mit Fr. 1. § 1. Quib. mod. pign. iure pignoris petere.

2) Fr. 40. § 2. De pign. act. und dazu Fr. 13. § 1. De pign. et hyp. — Fr. 59. pr. Ad S. C. treb. (XXXVI. 1.) Fr. 11. § 1. De pign. et hyp. Vgl. Fr. 25. De pign. et hyp.

3) Fr. 1. pr. De pign. et hyp. verglichen mit Fr. 1. pr. Quib. mod. pign. Insbesondere die retentio ob chirographarium debitum in L. un. C. etiam ob chirogr. (VIII. 27.) Diese findet dann ohne allen Zweifel auch bei den nicht versicherten Zinsen Anwendung.

4) sc. pignoraticii.

biger retinirt pignoris iure, er kann also auch auf alle andern Rechtswirkungen des Pfandes Anspruch machen, er kann pignoris iure petere, und pignoris iure vendere. Denn alles diess sind nur verschiedene Arten, dasselbe Recht geltend zu machen.

Damit stimmt auch L. 22 C. c. Aus den Schlussworten ergiebt sich die ganze Gestaltung der Sachlage, wie sie dem Kaiser zur Beurtheilung vorlag. Der Gläubiger besass, gegen ihn trat der Schuldner mit der pignoraticia auf und verlangte Rückgabe der Pfandsache. Der Beklagte weigerte sich, gestützt auf die Behauptung, der Kläger schulde ihm auch noch ein Strafgeld, für welches die Sache ebenfalls verpfändet worden sei.[5]) Darauf die Antwort: Was für die Zinsen gilt, hat bei dem Strafgeld keine Anwendung. Nur für das Zinsenpfandrecht genügt ein einfaches Zinsversprechen; das Strafgeld-Pfandrecht verlangt mehr, die pœna muss in der Stipulationsform versprochen sein. — Man sieht, es handelte sich zunächst nur um Vertheidigung des Besitzes gegen die Durchführung der actio pignoraticia in personam. Die Sachlage machte also die Erwähnung der übrigen Folgen des Pfandrechts ausser der Retention unmöglich. Diese werden hier so wenig ausgeschlossen, als in dem ganz ähnlichen Fr. 11. § 3. De pign. act.

22. Das Zinsen-Pfandrecht veranlasst uns noch zu einigen besondern Bemerkungen, welche wir hier der Reihe nach durchgehen, bevor wir zu der Lehre von der Vertheilung des Pfanderlöses zurückkehren. Es fragt sich zunächst, ob nur das mit dem Hauptvertrag verbundene Zinsversprechen die strenge Form der Stipulation entbehren kann, oder ob auch das erst später abgeschlossene in derselben Weise begünstigt ist? Die Schlussworte der L. 4. C. c. scheinen für das Erstere zu sprechen. Der Gläubiger, heisst es hier, kann für die nachmalige Zinsenerhöhung die Pfandretention nicht in Anspruch nehmen. Allein der Grund dieses Entscheides ist nicht

[5]) «pignoribus intervenientibus.»

der spätere Abschluss des Zinsversprechens, sondern ein ganz anderer, nämlich der gänzliche Mangel eines auf diese Zinsenhöhe berechneten Pfandvertrags. Ohne diesen kann aber natürlich kein Pfandrecht zu Stande kommen, daher auch keine Retention zustehen. Ueber allen Zweifel wird diese Erklärung dadurch erhoben, dass das spätere grössere Zinsversprechen Gegenstand einer Stipulation war, wie der Ausdruck repromisit im Gegensatz zu dem früher gebrauchten convenit deutlich zeigt. Der Mangel lag also nicht auf der Seite des Zinsversprechens, sondern auf der Seite der Pfandconvention. Die aufgeworfene Frage wird somit durch L. 4. C. c. nicht entschieden. — Nach allgemeinen Grundsätzen scheint der Giltigkeit des Pfandrechts für eine erst später abgeschlossene oder wenigstens späterhin erhöhte Zins-Convention Nichts im Wege zu stehen, sobald nur der Pfandvertrag selbst in dem behaupteten Umfang nachgewiesen werden kann. Doch ist es natürlich, dass in einem solchen Falle die beiden Pfandrechte für Kapital und Zins nicht denselben Rang einnehmen.[1])

23. Zinsen über die gesetzliche Höhe finden auch bei dem Pfandrecht keine Berücksichtigung.[1]) Dagegen kommt das Verbot ultra alterum tantum nicht zur Anwendung,[2]) so dass die Exaction durch die Vermittlung der Pfandklage gestattet wird.[3]) Zu hohe Zinsen sind eben von Hause aus un-

---

[1]) Wie es sonst anerkannte Regel ist, Fr. 18. Qui pot. — Für die Klagbarkeit des mit einer Stipulationsschuld verbundenen Zinspactum wird allerdings Gleichzeitigkeit erfordert. Fr. 40. De reb. cred. (XII. 1.) pacta *in continenti facta* stipulationi inesse creduntur. Allein die auf die Zinsen gerichtete incerti condictio ist für die hypothekarische Klage durchaus nicht maasgebend.

[1]) Fr. 11. § 3. De pign. act. L. 8. C. si cert. pet. (IV. 2.)

[2]) L. 27. § 1. C. de usuris.

[3]) L. 19. C. mand. (IV. 35.) ist nicht so zu verstehen, als würde die Klage aus der Stipulation auch zugelassen. Es ist hier nicht von der Klage, sondern nur von dem Ursprung der Zinsen die Rede. Dagegen heisst es in Fr. 26. § 1. De cond. ind. (XII. 6.) ganz allgemein: supra duplum autem usuræ et usurarum usuræ nec in stipulatum deduci nec exigi possunt et solutæ repetuntur, und L. 27. § 1. C. c. *pignorum occasione* — exigi permittebant.

giltig, können daher auch durch das Pfandrecht nicht giltig werden; Zinsen über den Betrag des Kapitals dagegen haben nur keine Exaction, bis ihnen durch die Pfandbestellung eine solche gegeben wird. Justinian hob diesen Unterschied auf.[4])

24. Einer besondern Behandlung unterliegen die s. g. gesetzlichen, namentlich die Verzugszinsen, überdiess aber alle, welche mit der Klage aus dem Hauptvertrag gefordert werden können.[1]) Diese sind eine Erweiterung des Kapitals aus sich selbst,[2]) ihm daher völlig gleichgestellt.[3]) Dasselbe gilt von den auf das Pfand gemachten nothwendigen und nützlichen Verwendungen,[4]) so weit für dieselben mit der contraria pignoraticia Ersatz verlangt werden kann,[5]) ebenso von anderweitigen Unkosten.[6]) Alle diese Auslagen geben Anspruch auf Ersatz aus dem Pfanderlös.

25. Die Vertheilung des Pfanderlöses zwischen Kapital und Zinsen weicht wesentlich von den für die Solution geltenden Bestimmungen ab. Beide Arten der Befriedigung folgen verschiedenen Gesichtspunkten. Die Zahlung liegt in der Hand des Schuldners, der Pfandverkauf in der des Gläubigers. Jene erhält daher ihre Bestimmung von dem Schuldner, dieser von dem Gläubiger.

---

4) L. 27. § 1. C. de usur.

1) S. die einzelnen Fälle bei Puchta, Pandecten. § 227.

2) Fr. 49. § 1. De act. emt. vend. (XIX. 1.) L. 4. C. depos. (IV. 34.)

3) Fr. 8. § 5. De pign. act. Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cætera quoque, veluti usuras, et quæ in id impensa sunt. Dass hier nur Verzugszinsen gemeint sind, zeigt die Verbindung derselben mit sors non soluta.

4) Fr. 8. § 5. D. c.

5) Fr. 8. pr. Fr. 25. De pign. act.

6) L. 6. C. de pign. et hyp. Unrichtig ist es, wenn Einige, wie Sintenis, Pfandrecht. S. 443. auch die Processkosten, welche auf die Ausklagung des säumigen Schuldners verwendet worden sind, hieher ziehen. Sie stehen in gar keiner Verbindung mit der Pfandsache selbst. Dasselbe gilt von den mit dem Pfandverkauf verbundenen Auslagen. Für diese scheint mir nicht einmal eine persönliche Ersatzpflicht gerechtfertigt. Doch sprechen sich die Römer über diese Frage nirgends aus.

Paulus libro XV. responsorum.

In Fr. 101. § 1. De sol. et lib. (XLVI. 3.)

Paulus respondit: aliam causam esse debitoris solventis, aliam creditoris pignus distrahentis. Nam cum debitor solvit pecuniam, in potestate eius esse commemorare, in quam causam solveret; cum autem creditor pignus distrahit, licere eum pretium acceptum referre etiam in eam quantitatem, quæ natura tantum debebatur, et ideo deducto eo debitum peti posse.

Hat der zahlende Schuldner von seinem Recht der Selbstbestimmung keinen Gebrauch gemacht, so tritt der Gläubiger an dessen Stelle. Er erhält jetzt jene Befugniss, darf sie aber nur im Interesse des Schuldners ausüben.[1]) Bei dem Pfandverkauf dagegen wird der Gläubiger befugt, so abzurechnen, wie es ihm am günstigsten ist, ohne auf einen Einspruch des Schuldners hören zu müssen.[2])

Sehen wir nun, welche Wirkung diese Verschiedenheit der Prinzipien in den Bestimmungen über die Zinsentilgung äussert. In einem Punkte unterliegen Solution und Pfandverkauf einer völlig gleichen Beurtheilung. Es wird immer zunächst auf die Zinsen, dann erst auf das Kapital abgerechnet, und diess in Folge gesetzlicher Bestimmung.[3]) In so weit können jene Principien keine Anwendung finden. Dagegen äussern sie sich wieder in dem Verhältniss der usuræ debitæ und indebitæ, d. h. der mit und ohne Stipulation versprochenen Zinsen. Die Zahlung kann nur auf die klagbaren, nicht auch auf die übrigen abgerechnet werden,[4]) der Pfanderlös dagegen ist auf beide zu gleichen Hälften zu vertheilen.[5]) Dort ist also das Interesse des Schuldners, hier das des Gläubigers, wenn

---

[1]) Fr. 1. De sol. et lib.

[2]) Fr. 35. pr. De pign. act.

[3]) Fr. 5. § 2. zweite Hälfte. De sol. et lib. für die Solution. — Fr. 35. pr. De pign. act. Fr. 68. § 1. De fidei. et mand. (XLVI. 1.) für den Pfandverkauf.

[4]) Fr. 5. § 2. zweite Hälfte. D. c. L. 21. C. de usuris (IV. 32.) zeigt, dass den klagbaren auch die durch ein Pfand bestärkten beigezählt werden.

[5]) Nach einer Constitution des Kaisers Antoninus. Fr. 5. § 2. erste Hälfte. D. c.

gleich nicht ganz durchgreifend,[6]) doch vorzugsweise berücksichtigt.

26. Die Tilgung der Forderung aus dem Pfanderlös befreit auch die Bürgen. Die Anwendung dieses Grundsatzes unterliegt keinen Schwierigkeiten, sobald die beiden Sicherungsmittel: Pfand und Bürgschaft, für den vollen Schuldbetrag oder das eine zur Ergänzung des andern[1]) bestellt wurden. Aber wie, wenn sie beide für verschiedene Theile der Forderung, ohne genauere Bestimmung ihres gegenseitigen Verhältnisses, neben einander bestehen? Gaius schuldet dreissig und bestellt dem Gläubiger für zehn ein Pfand, für zwanzig einen Bürgen. Darauf wird das Pfand für zehn verkauft. Ist nun auch der Bürge bis auf zehn befreit? Alles kommt darauf an, welcher der beiden Partheien, ob dem Schuldner oder dem Gläubiger die Willkühr der Abrechnung eingeräumt werden soll. Nach dem eben entwickelten Prinzip gebührt sie bei dem Pfandverkauf ausschliesslich dem Gläubiger. Für diesen entscheidet in der That auch Marcellus:

Marcellus libro XXXI. digestorum.

In Fr. 73. De sol. et lib. (XLVI. 3.)

Ob triginta nummos pecuniæ creditæ fideiussorem in viginti dedi, et pignus in decem; ex venditione autem pignoris creditor decem consecutus est. Utrum ex universitate id decedit, ut quidam putant, ac si in solvendis decem nihil debitor dixisset, an, sicut ego puto, in totis decem fideiussori contingit liberatio? quia hoc dicendo potuit efficere debitor, ut, ubi non dixit, id potius solutum existimetur, quod satisdato debebatur? *Magis tamen existimo, licuisse creditori in id, quod solus debebat reus, accepto referre.*

Der Jurist verwirft zunächst die Meinung derjenigen, welche auf den ganzen Schuldbetrag abrechnen, also den Bürgen bis zum Betrag von zwei Drittheilen der erlösten zehn befreien

---

[6]) Denn sonst müsste dem Gläubiger freistehen, die ganze Zahlung auf die usuræ indebitæ abzurechnen.

[1]) In id quod deest.

wollten. Diese Meinung, sagt er, habe gar nichts für sich; denn entweder stehe dem Gläubiger oder aber dem Schuldner das Recht der Bestimmung zu; in dem letztern Fall müsse man, wenn der Schuldner sein Recht nicht ausgeübt habe, vor allem auf die versicherte Schuld abrechnen,[2]) mithin den Bürgen für alle zehn liberiren. Allein diess ganze Prinzip sei falsch, und nur auf die Solution, niemals auf die Befriedigung aus dem Pfanderlös anwendbar; hier gelte immer der Gläubiger als der berechtigte Theil. — Man sieht die eigenthümliche Sachlage des von Marcellus beurtheilten Falls hat an dem Entscheide keinen Antheil.

27. Der Erlös aus dem Pfandverkauf tilgt ipso iure. Nun giebt es aber Pfänder, die keinen Verkauf erfordern; dahin gehören alle diejenigen, welche selbst in Geld bestehen. Welche Liberationsart ist hier anzunehmen? Unseres Erachtens wirken solche Pfänder auf dem Wege der Compensation, nicht ipso iure. Die römischen Juristen heben zwei Anwendungen besonders hervor, das Pfandrecht an einer Forderung auf Geld und das pignus des nachstehenden Gläubigers. Der ausgezahlte Betrag der verpfändeten Forderung ist selbst Gegenstand des Pfandrechts, aber zur Compensation geeignet; das Pfandrecht des zweiten Gläubigers verwandelt sich nach der Veräusserung durch den ersten in einen Anspruch auf die hyperocha, und diese tilgt auf dem Wege der Compensation, nicht ipso iure. Dabei ist es völlig gleichgiltig, ob beide Pfandrechte demselben Gläubiger oder verschiedenen Inhabern zustehen. Nur die successio in locum wirkt anders. Denn hier wird das zweite Pfandrecht selbst in den Rang des ersten emporgehoben und aller seiner Vorzüge theilhaftig.[1])

Von der verpfändeten Forderung spricht

---

[2]) Fr. 4. De sol. et lib. (XLVI. 3.) — et potius quod satisdato quam quod sine satisdatione debeo (videtur solutum).

[1]) Oben XVI. § 13. Ein ausdrückliches Zeugniss liegt in den Worten Marcians: venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit. Fr. 5. pr. De distr. pign.

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

In Fr. 13. § 2. De pign. et hyp.

— Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, *exacta ea creditorem secum compensaturum*;[2]) si vero corpus is debuerit, et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

Von dem nachstehenden Pfandrecht:

Papinianus libro XI. responsorum.

In Fr. 96. § 3. De sol. et lib. (XLVI. 3.)

— Quodsi temporibus discretis superfluum pignorum obligari placuit, *prius debitum pretio pignorum iure solvetur, secundum superfluo compensabitur.*

28. Gegenstand unserer bisherigen Darstellung waren die gegenseitigen Leistungen des Käufers und des Verkäufers. Damit sind jedoch die Rechtsverhältnisse, welche durch den Pfandverkauf hervorgerufen werden, nicht erschöpft. Es bleibt noch eine dritte Kategorie unerledigt. Auch für das gegenseitige Verhältniss von Schuldner und Gläubiger knüpfen sich an die Pfandveräusserung mannigfache Folgen. Von diesen soll nun gehandelt werden. Wir ordnen alles hieher Gehörige nach einem doppelten Gesichtspunkte und sprechen zunächst von dem Einfluss des Pfandverkaufs auf die pignoraticia directa, nachher von der Erweiterung der pignoraticia contraria.

Die actio pignoraticia in personam entstand in einer Zeit, welcher die Verkaufsberedung völlig fremd war. Es ist daher nicht anders zu erwarten, als dass ihre Formel sowohl als ihre Theorie zunächst ausschliesslich auf die Zurückgabe der Sache selbst Bezug nahm. Als nun späterhin die Verkaufsberedung allgemein anerkannt wurde, musste die Frage entstehen, welche Bedeutung derselben gegenüber dem Rück-

---

2) Haloander und die vulgata schlechter: exactam a creditore se compensaturum Bas. XXV. 2. (Heimbach t. III. p. 69.) καὶ εἰ μὲν χρήματα ἦν τὰ ὑποφειλόμενά μοι, λαμβάνων αὐτὰ συμψηφίζεις εἰς χρέος μου.

forderungsrecht des Verpfänders zukomme? Ermächtigung zum Verkauf und Rückforderung scheinen sich zu widersprechen. Wie kann man die Rückgabe einer Sache verlangen, zu deren Veräusserung man den Empfänger berechtigt? Nichts desto weniger wurde die pignoraticia neben dem Verkaufsrecht des Gläubigers anerkannt.

L. 4. C. de pignor. act. (IV. 24.)

Imp. Alexander. a. 223.

Pactum vulgare, quod proposuistis, ut, si intra certam tempus pecunia soluta non fuisset, prædia pignori vel hypothecæ data vendere liceret, non adimit debitori adversus creditorem pignoraticiam actionem.

Die Entscheidung hatte eine doppelte Bedeutung: sie liess dem Verpfänder das Recht, ein nicht wirklich zum Verkauf gebrachtes Pfand zurückzufordern, mochte die Bezahlung rechtzeitig oder zu spät erfolgt sein. Sie kam aber auch nach wirklich stattgehabter Veräusserung zur Anwendung. Hierdurch wurde der alten pignoraticia eine zweite ganz neue Funktion beigelegt. Dieselbe Klage, welche bisher nur zur Zurückforderung der Pfandsache selbst bestimmt und zu diesem Zweck eingeführt worden war, fand jetzt auch da Anwendung, wo in Folge der Veräusserung diese Rückgabe nicht mehr eintreten konnte. Der Rechtsgrund der Forderung blieb auch jetzt derselbe, die Hingabe der Pfandsache,[1]) aber der Gegenstand der Klage hatte gewechselt. Statt der Sache forderte man nun den Mehrerlös,[2]) so weit dieser nicht von nachfolgenden Pfandgläubigern in Anspruch genommen werden konnte.[3]) Die einzelnen Bestimmungen, welche uns über diese zweite Anwendung der actio pignoraticia in personam erhalten sind, lassen sich nur aus der eigenthümlichen Natur der Verkaufsberedung erklären. Der Gläubiger erhält durch diese ein

---

[1]) Fr. 42. De pign. act. «de pignore dato.» Daher ist die Klage auf das superfluum eine directa keine utilis pignoraticia.

[2]) Fr. 24. § 2. a. a. O. Fr. 42. De pign. act. L. 20. C. de distr. pign.

[3]) Oben XVI. 4.

Recht. Er übernimmt keine Pflicht. Daher ist er auch nicht gehalten, den Mehrerlös an Zinsen zu legen oder selbst von demselben Zinsen zu entrichten, es müsste denn sein, dass er das Geld gebraucht oder von demselben Zinsen bezogen, oder sich eines Verzugs in der Rückzahlung schuldig gemacht hat.[4]) Diese Bestimmung ist um so mehr zu beachten, da sie mit dem, was für die Benutzung der Pfandsache selbst gilt, durchaus nicht übereinstimmt. Der Gläubiger ist zum Fruchtbezug verpflichtet,[5]) und dennoch von der verzinslichen Anlegung des Geldes befreit. Die Verkaufsberedung wird also anders beurtheilt als der Pfandvertrag. — Aus dem angeführten Grunde erklärt sich ferner, warum der Gläubiger, wenn er sich auch einerseits durch die Cession der Klage nicht befreien kann,[6]) doch anderseits auch nicht angehalten wird, den Mehrerlös, noch bevor er denselben ausgezahlt erhalten hat, aus seiner eigenen Kasse vorzuschiessen;[7]) endlich, warum der zu niedrige Verkauf keinen Anspruch auf Ersatz begründet, sobald nur dem Gläubiger nicht offenbarer Treubruch zur Last fällt. Auch hierin zeigt sich eine Abweichung von den für die Behandlung der Pfandsache selbst aufgestellten Regeln. Der Gläubiger hat auf den Pfandgegenstand die höchste Sorgfalt zu verwenden; bei der Beurtheilung des Kaufpreises dagegen genügt die Abwesenheit der betrüglichen Absicht.[8]) Aufwendung besonderer Sorgfalt zur Erlangung des höchstmöglichen Gebotes wird nicht gefordert.[9])

---

[4]) Fr. 6. § 1. Fr. 7. De pign. act.

[5]) L. 3. C. de pign. act. (IV. 24.)

[6]) Fr. 42. De pign. act.

[7]) Fr. 24. § 2. De pign. act.

[8]) L. 1. 3. C. si vend. pign. ag. L. 7. C. de distr. pign. Die Unterlassung der Proscription und der damit verbundenen Solennitäten gilt an sich schon als Beweis der mala fides. L. 4. C. t. c. L. 4. C. de distr. pign. Vgl. oben Abschnitt VI. § 18. Ist der Gläubiger selbst insolvent, so kann der Käufer, falls er an dem Betrug theilnahm, zur Rückgabe der Sache mit ihren Früchten gegen Erstattung des Preises mit dessen Zinsen genöthigt werden. L. 1. 3. 4. C. t. c.

[9]) Dieser Punkt wird sehr oft falsch dargestellt. So behauptet z. B. Unterholzner, Schuldverhältnisse. II. S. 863, der Gläubiger müsse bei dem

29. Ausser dem Mehrerlös sind sämmtliche in den Nebenberedungen des abgeschlossenen Kaufcontracts begründete Forderungen dem Verpfänder abzutreten. Der Gläubiger soll ja durch die Pfandveräusserung nur allein zu seiner Befriedigung gelangen, Nichts gewinnen. Besondere Hervorhebung verdient dasjenige pactum, welches dem Verkäufer die spätere Wiedereinlösung der Pfandsache vorbehält. Für dieses erhebt sich nämlich die Frage, ob es überhaupt als zulässig zu betrachten ist. Die Veranlassung zum Zweifel liegt in der Fassung der Verkaufsberedung. Der Verpfänder überträgt dem Gläubiger das Recht der Veräusserung ohne alle nähere Bestimmung. Ist nun auch derjenige Verkauf darunter begriffen, für welchen von Anfang an die Wiederauflösung in Aussicht gestellt wird? Es hat den Anschein, als ob sich ein solcher gar nicht in den Grenzen des Vertrags halte. Julian entscheidet jedoch anders. Nach seiner Meinung ist der Verkauf giltig abgeschlossen, daher dem Verpfänder nur mit Hilfe einer Klagecession die Wiedereinlösung der Pfandsache an der Stelle des Gläubigers zu gestatten.[1]) Gegen diesen Entscheid lässt sich Nichts einwenden; denn ein Verkauf ist darum nicht weniger vollständig, weil er der Verabredung gemäss später wieder aufgelöst werden kann, der Gläubiger hat also die ihm contractlich eingeräumte Befugniss durchaus nicht überschritten.

Dasselbe Recht der Wiedereinlösung konnte aber auch dem *Eigenthümer* vorbehalten werden.[2]) In diesem Falle war die

---

Verkauf mit aller möglichen Betriebsamkeit zu Werke gehen, und beruft sich dafür auf Fr. 22. § 4. De pign. act. und Fr. 9. pr. De distr. pign. Allein die erste dieser Stellen spricht gar nicht von den Verpflichtungen, sondern von den Ansprüchen des Schuldners, und die zweite von der Zahlungsfähigkeit des Käufers, nicht von der Höhe des Preises. Beides wird verschieden beurtheilt. Für die Wahl des Käufers ist der Gläubiger verantwortlich, für die Erzielung eines guten Kaufes durchaus nicht; daher kann er ungestraft den günstigen Augenblick vorübergehen lassen. Fr. 6. pr. De pign. act. — Wie Unterholzner äussert sich auch Gesterding, Pfandrecht. S. 180. n. 4., verführt von jener falschen Grundansicht, nach welcher der Gläubiger als procurator des Schuldners handelt.

[1]) Fr. 7. pr. De distr. pign.: recte distractum esse pignus.

[2]) Fr. 13. pr. De pign. act. Fr. 7. § 1. De distr. pign. Die Beziehung des

Klagcession allerdings zulässig, aber durchaus nicht nothwendig. Der Verpfänder hatte eine in factum actio aus seiner Person, überdiess die rei vindicatio in Folge des eingetretenen Rückfalls. Diese Unmittelbarkeit der Rechtshilfe ist der einzige Unterschied, welcher den Vorbehalt zu Gunsten des Verpfänders vor dem zu Gunsten des Gläubigers auszeichnet.

30. Nicht geringer war der Einfluss des Pfandverkaufs auf die actio pignoraticia contraria. Die früher schon bekannten Anwendungen dieser Klage wegen Nichtleistung des versprochenen Pfandes,[1]) wegen hinterlistiger Entziehung desselben,[2]) zum Ersatz der nothwendigen[3]) theilweise auch der blos nützlichen Auslagen,[4]) endlich überhaupt zur Schadloshaltung,[5]) wurden nun noch durch eine weitere vermehrt: die Abnahme aller mit dem Verkauf verbundener Belastungen, oder nach schon erfolgter Leistung Ersatz der Auslagen: beides jedoch nur so weit als dem Gläubiger bei der Uebernahme dieser Verpflichtung keine eigene Verschuldung zur Last fällt, mag auch das geleistete Versprechen noch so sehr der Uebung entsprechen.[6]) Mit der Klage verbindet sich auch hier wie in den übrigen Fällen[7]) das Rechtsmittel der Retention, so oft aus einer grössern Anzahl verpfändeter Sachen nur einige zum Verkauf gebracht wurden.[8])

Vertrags auf einen Nichtpaciscenten findet ihre Rechtfertigung in dem Eigenthum desselben. Die Möglichkeit, eine fremde Sache zu verkaufen, zieht diejenige, den Eigenthümer im Veräusserungsvertrag direct zu betheiligen, nach sich. Dadurch erklärt sich auch die Wiederherstellung des Eigenthums.

[1]) Fr. 1. § 2. Fr. 6. § 1. Fr. 9. pr. Fr. 32. Fr. 36. pr. § 1. De pign. act.
[2]) Fr. 3. D. eod.
[3]) Fr. 8. pr. §§ 1. 5. D. eod.
[4]) Fr. 25. D. eod.
[5]) Fr. 31. Fr. 43. pr. D. eod.
[6]) Fr. 22. § 4. D. eod.
[7]) Fr. 8. pr. D. eod.
[8]) Fr. 8. § 1. D. eod. Es ist nicht zu bezweifeln, dass die Retention von den gleichen Bedingungen abhängt, wie die Klage nach Fr. 22. § 4. D. eod.

XVIII.

Fälle, in welchen das Pfand auf andere Weise als durch Verkauf dem Gläubiger zur Befriedigung verhilft.

---

1. Der Pfandverkauf, dessen Geschichte und theoretische Ausbildung wir bisher betrachteten, war dazu bestimmt, dem Gläubiger auf die einfachste und schnellste Weise zu seiner Befriedigung zu verhelfen. Und er erreichte diesen Zweck auf eine so völlig genügende Weise, dass der Fruchtbezug, auf welchen man früherhin angewiesen war, mehr und mehr in den Hintergrund trat. Rechtlich jedoch bestanden nunmehr beide Befriedigungsmittel neben einander. Durch den Abschluss des Verkaufsvertrags entsagte der Gläubiger seinem Anspruch auf Besitz und Fruchtgenuss durchaus nicht. Er konnte auch jetzt noch diesen letztern Weg einschlagen, wenn er ihm aus irgend einem Grunde den Vorzug gab. Der Schuldner wurde mit keinerlei Einwendungen gehört. Mochte ihm die langsame allmählige Befriedigung des Gläubigers aus dem Fruchtgenuss viel lästiger, der schnelle Verkauf viel erwünschter sein: sein Interesse hatte keinen Anspruch auf Berücksichtigung. *Eine* Abhilfe blieb ihm jedoch auch jetzt noch. Er konnte selbst verkaufen und aus dem Erlös den Gläubiger befriedigen. Das Recht kam ihm hierin zu Hilfe. Der Gläubiger wurde ange-

halten, bewegliche Faustpfandgegenstände den sich darbietenden Kauflustigen vorzuweisen, wenn auch gegen Cautionsbestellung für etwaige Beschädigung.[1]) Aber auch diese Berechtigung konnte contractlich ausgeschlossen werden. Marcian erwähnt und billigt den Nebenvertrag, welcher dem Verpfänder die Veräusserung der Pfandsache untersagt.

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

In Fr. 7. § 2. De distr. pign.

Quæritur: si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit? *Et certum est, nullam esse venditionem ut pactioni stetur.*[2])

Durch das Pfandrecht wird die Integrität des Eigenthums an der Pfandsache in keiner Weise aufgehoben. Gerade dadurch unterscheidet sich die Pfandbelastung von den übrigen Sachenrechten, dass dem Eigenthum keine materiell in ihm enthaltene Befugniss entzogen wird. Diess geschieht aber sobald mit der Verpfändung das Verbot der Veräusserung in Verbindung tritt. Daher die Frage Marcians, ob ein solches pactum nicht gegen die wesentlichen Grundsätze des Pfandrechts verstosse und eben desshalb unzulässig sei? Darauf die Antwort: Es ist eine ganz entschiedene Sache, dass jene Beredung aufrecht zu erhalten, und der getroffene Verkauf als ungiltig zu verwerfen ist.[3]) Man hat diese Entscheidung nur mit Widerstreben anerkannt, sie auch öfters auf dem Wege

---

[1]) Fr. 6. pr. De pign. act.

[2]) S. wegen der Lesart dieser Schlussworte, über welche schon Bartolus und Baldus stritten, Augustinus, emendat. IV. 17. in Otto, thesaurus t. IV. p. 1554. Glück, Erläuterung zu dem Titel de contrah. emt. S. 57, und die Noten Schultings zu diesem Fragment. Mit dem Text der Florentina stimmen die Basiliken überein: *καλῶς ὁ δανειστὴς συμφωνεῖ μὴ ἐξεῖναι τῷ χρεώστῃ πωλεῖν τὸ ἐνέχυρον.*

[3]) Es tritt also nicht nur eine persönliche Klage gegen den Veräusserer ein, wie in anderen Fällen. L. 3. C. de cond. ob caus. dat. (IV. 6.) Fr. 61. De pact. (II. 14.) Diese beschränktere Rechtswirkung kann bei der Pfandsache keine Anwendung finden. Wir haben es hier eben so gut mit einer Anomalie zu thun, wie bei der Veräusserungsbefugniss des Gläubigers, zu deren Ergänzung das Veräusserungsverbot gegen den Schuldner hinzutritt.

der Textverbesserung zu entfernen gewusst.[4]) Beides ohne Grund. Die vereinte Autorität der florentinischen Handschrift und der Basiliken macht von vorn herein alle Aenderungsversuche unzulässig. Von rechtlicher Seite aber ist der Meinung Marcians vollends Nichts anzuhaben. Das angeführte Bedenken musste all sein Gewicht verlieren, seitdem die Pfandberedung das Verkaufsrecht nach sich zog. Jetzt war das Eigenthum nicht nur um einen seiner Bestandtheile geschmälert, es konnte nunmehr von dem Sachenrechte gänzlich verschlungen werden. Und doch sollte es nun noch unmöglich sein, dem Schuldner die Veräusserungsbefugniss zu untersagen?

2. Der Fruchtgenuss ist der erste Fall, in welchem der Gläubiger auch ohne Veräusserung der Pfandsache zu seiner Befriedigung gelangt. Ihm schliessen sich nun noch andere an, welche wir der Reihe nach zu betrachten haben. Sie tragen alle den Charakter der blossen Zufälligkeit, und unterscheiden sich eben dadurch sehr wesentlich von dem Fruchtgenuss, welcher das Pfandrecht ganz regelmässig begleitet. Wir sprechen zuerst von dem Ertrag derjenigen Klagen, zu deren Geltendmachung der Gläubiger kraft seines Pfandrechts befugt ist. Die Quellen heben die Diebstahlsklage und die actio quod metus causa besonders hervor, beide jedoch offenbar nur beispielsweise; dasselbe würde von der actio vi bonorum raptorum, der actio ex lege aquilia und andern gelten.

Der Gläubiger verfolgt den Dieb mit denselben beiden Klagen welche zunächst dem Eigenthümer zustehen: der actio furti auf Strafe,[1]) der condictio furtiva auf den Sachwerth.[2]) Wem soll

4) So zuletzt nach Puchta, Pandecten. § 145. e. und in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. XII. S. 220—237: nullam esse pactionem ut venditioni stetur.

1) Die Schätzung ist eine verschiedene, je nachdem der Eigenthümer oder ein anderer gestohlen hat: gegen den Letztern der volle Sachwerth Fr. 15. pr. De furt. (XLVII. 2.), gegen den Ersteren die versicherte Forderung. Fr. 89. D. eod. Diese Verschiedenheit ruht auf der Verschiedenheit des interesse. Der Gläubiger muss dem Schuldner den Ueberschuss zurückgeben, wenn ein Dritter die Diebstahlsstrafe zahlt; diess fällt weg, wenn der Verpfänder selbst gestohlen hat. Daher umfasst dort das interesse den Sachwerth, hier nur die Höhe der Forderung.

2) Sie ist hier incerti. Die condictio si certum steht ausschliesslich dem Ei-

der Ertrag derselben zu gut kommen? Ueber die condictio kann kein Zweifel sein. Auf den Sachwerth hat nur der Schuldner Anspruch. Schwieriger ist die Bestimmung des Strafgeldes. Dieses enthält reinen Gewinn und es ist schwer zu sagen, wer von beiden, ob Gläubiger oder Schuldner demselben näher steht? Papinian entscheidet zu Gunsten des Verpfänders. Ihm stimmt Ulpian bei. Motive werden keine angeführt. Unsers Erachtens kommt auch hier der Satz zur Anwendung, welchen Tryphonin bei einer andern Frage geltend macht.[3]) Alles was auf Veranlassung des Pfandvertrags, was occasione pignoris, dem Gläubiger zufällt, ist für Rechnung des Schuldners. Das ist bei der actio furti ohne Zweifel so der Fall. Der Gläubiger erwirbt hier kraft seines Pfandrechts. Er erwirbt also für Rechnung des Schuldners, der dieses Pfandrecht bestellte.[4]) Die gleiche Argumentation passt auch da, wo der Diebstahl erst durch die Nachlässigkeit des Gläubigers möglich wurde; denn diese Nachlässigkeit ist nur die Veranlassung der That, nicht der Rechtsgrund der Klage.

Papinians Entscheidung ist auf den Fall beschränkt, wenn ein dritter Unbetheiligter den Diebstahl verübt. Was der Schuldner selbst als Strafgeld dem Gläubiger bezahlt, kann er nicht wieder als Pfandgewinn von demselben zurückfordern. Der Betrag der condictio muss allerdings auch hier auf die Schuld abgerechnet werden. Es ist eben ganz gleichgiltig, von welcher Seite dieser in das Vermögen des Gläubigers übergeht.

Ulpianus libro XXX. ad edictum.

In Fr. 22. pr. § 1. De pign. act.

Si pignore surrepto furti egerit creditor, totum, quicquid percepit, debito imputari, Papinianus confitetur. Et est verum,

---

genthümer zu. Fr. 12. § 2. De cond. furt. (XIII. 1.) verglichen mit Fr. 1. D. eod. und Fr. 14. § 16. De furt. (XLVII. 2.)

3) Fr. 12. § 1. De distr. pign.

4) Recht deutlich wird diess durch den Gegensatz des Schatzerwerbs, welchen der Gläubiger zur Hälfte lucrirt. Diesen Gewinn hat er eben nicht iure creditoris, sondern iure inventoris. Fr. 63. § 4. De acq. rer. dom. (XLI. 1.)

etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. Multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictione consecutus est. Sed quod ipse debitor furti actione præstitit creditori, vel condictione, an debito sit imputandum? videamus. Et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione præstitit, peræque relatum est et traditum. Et ita Papinianus libro nono quæstionum ait. § 1. Idem Papinianus ait: et si metus causa servum pignoratum debitori tradiderit, quem bona fide pignori acceperat; nam si egerit, quod metus causa factum est, et quadruplum sit consecutus, nihil neque restituet ex eo, quod consecutus est, nec debito imputabit.

Zur Erläuterung dieser Fragmente sind noch einige wenige Bemerkungen erforderlich. Nur das von dem Schuldner gezahlte Strafgeld wird von dem Gläubiger lucrirt. Ulpian beschränkt seine Behauptung ausdrücklich auf die actio furti und dasselbe thut Papinian in derjenigen Stelle, auf welche in unserm Fragment hingedeutet wird.[5]) Der Ertrag der condictio furtiva muss also auf die Schuld abgerechnet werden. Die ursprüngliche Klage und die condictio incerti können in der Person des Gläubigers eben so wenig neben einander zur Anwendung kommen, als von Seite des Eigenthümers die certi condictio und die vindicatio. Man hat diese Behauptung durch die Behandlungsweise der actio quod metus causa zu widerlegen gesucht.[6]) Der Gläubiger gewinnt hier das ganze Quadruplum, obwohl in diesem der einfache Sachwerth mit enthalten, und nur das Dreifache Strafe ist.[7]) Diese Gleichstellung der condictio mit dem in einer Strafklage enthaltenen einfachen Sachwerth lässt sich jedoch nicht rechtfertigen. Auch die Erstattung des einfachen Sachwerths wird aus dem Delict und eben desshalb mit der Delictsklage gefordert; die con-

---

[5]) Fr. 81. De furt. (XLVII. 2.) Papinianus libro IX quæstionum. Si debitor pignus surripuit, quod actione furti solverit, nullo modo recipit. — nullo modo, d. h. weder durch Abrechnung auf die Schuld, noch durch wirkliche Rückgabe.

[6]) Die Litteratur s. bei Glück, Erläuterung. B. XIV. S. 148.

[7]) Fr. 14. § 10. Quod metus causa. (IV. 2.)

dictio dagegen hat ihren Grund in dem Uebergang des Eigenthums oder des Besitzes. Was aber nun der Schuldner aus dem Delict zahlt, das kann er nicht als Pfandgewinn zurückfordern; was dagegen als Sachwerth zum Ersatz des Pfandgegenstandes hingegeben wird, muss auch wieder wie das Pfand selbst behandelt werden.

Der Ertrag der beiden Diebstahlsklagen unterschied sich von dem Erlös durch Pfandverkauf dadurch, dass er nicht ipso iure, sondern nur auf dem Weg der Compensation die Forderung tilgt.[8]) Beide haben dagegen das miteinander gemeinschaftlich, dass der Ueberschuss mit der actio pignoraticia[9]) zurückgefordert wird. In dieser Anwendung entfernt sich die persönliche Pfandklage am weitesten von ihrer ursprünglichen Bedeutung. Der Kaufpreis vertritt auch in andern Rechtstheilen zuweilen die Stelle der Sache. Bei der pignoraticia in personam erscheint diese Gleichstellung um so gerechtfertigter, da ja die Verkaufsbefugniss mit in dem Pfandrecht enthalten ist. Für den Ertrag der actio furti dagegen ist kein ähnlicher Zusammenhang mehr zu entdecken.

3. Wie der Ertrag der Diebstahlsklage, so wird auch die litis æstimatio beurtheilt. Auch sie bestimmt sich verschieden, je nachdem der Schuldner oder irgend ein Dritter die Restitution der Pfandsache verweigert. Gegen jenen ist die Höhe der Forderung, gegen diesen der Sachwerth massgebend.[1]) In beiden Fällen muss der Betrag auf die Schuld abgerechnet,[2]) der Ueberschuss dem Verpfänder zurückerstattet werden.[3]) — Der Besitzer, welcher die Pfandsache auf diese Weise liberirt, wird gegen die Vindication des Eigenthümers durch eine doli exceptio geschützt,[4]) bleibt dagegen den Pfand-

---

8) Fr. 22. D. c. debito imputabit.
9) Fr. 15. pr. De furt. (XLVII. 2.)
1) Fr. 21. § 3. De pign. et hyp.
2) Die Liberation wird durch eine doli exceptio vermittelt. Fr. 8. § 19. Quib. mod. pign.
3) Fr. 21. § 3. D. c.
4) Fr. 28. pr. De pign. act. Fr. 2. Quib. mod. pign.

klagen der nachfolgenden Gläubiger ebenso ausgesetzt, als hätte er statt durch Litisästimation durch Zahlung das Pfandrecht des Vorgängers getilgt.[5])

Wenn der Richter dem Kläger erlaubt[6]) sein Interesse durch iuramentum in litem zu erhärten,[7]) und dieser von dem Anerbieten Gebrauch macht,[8]) so entsteht die Frage, ob auch derjenige Theil der beschwornen Summe, welcher die Höhe der Forderung oder den Betrag des Sachwerths übersteigt,[9]) dem Verpfänder zurückerstattet werden muss? Eine ausdrückliche Entscheidung findet sich nicht. Aber nach Analogie der für die Diebstahlsklage angenommenen Prinzipien ist zu behaupten, dass der Schuldner zwar nicht die von ihm selbst gezahlte, wohl aber die von andern entrichtete pœna contumaciæ[10]) mit der pignoraticia in personam zurückverlangen kann.

4. Statt der Sache kann auch die Remission des Pfandrechts verkauft werden.[1]) Diess geschieht, wenn der Gläubiger zu Gunsten eines Dritten seinem Pfandanspruch gegen Geld entsagt. Ob aber auch hier der Preis auf die Forderung abgerechnet werden muss, ist sehr zweifelhaft. Ueberwiegende Gründe scheinen für das Gegentheil zu sprechen. Der Gläubiger veräussert nicht die Pfandsache iure creditoris, sondern ein Vermögensrecht iure domini. Der Preis muss also dem zufallen, dem das Vermögensrecht gehörte, nicht dem Eigenthümer der Sache.

5. Die Befriedigung ohne Pfandverkauf kann ferner eine Folge besonderer Verträge sein. Die hieher gehörenden Fälle lassen sich in zwei Klassen theilen. Der Vertrag schliesst sich

---

5) Fr. 12. § 1. Qui pot.
6) Fr. 4. § 2. Fr. 5. § 1. De in lit. iur. (XII. 3.)
7) Fr. 8. De in lit. iur.
8) Fr. 16. § 3. De pign. et hyp. Vgl. Glück, Erläuterung. B. XVIII. S. 320 ff.
9) Fr. 1. De in lit. iur. «ex contumacia æstimatur ultra rei pretium.»
10) Fr. 8. D. cod. cum et contumacia punienda sit. Vgl. Fr. 25. § 1. Sol. matr. (XXIV. 3.) Fr. 9. De act, rer. am. (XXV. 2.)
1) Fr. 8. § 5. Quib. mod. pign.

bald als Nebenberedung dem contractus pignoraticius an und findet in ihm die Grundlage seiner rechtlichen Wirksamkeit; bald aber gestaltet er sich zu einem in sich ruhenden besondern Rechtsgeschäft, das mit dem Pfandvertrag in einer ganz äusserlichen Verbindung steht. Diese beiden Klassen sind wohl auseinander zu halten; sie unterliegen einer gänzlich verschiedenen rechtlichen Beurtheilung. Wir werden uns begnügen, für jede derselben einige wichtigere Beispiele hervorzuheben.

Die erste Stelle unter den Nebenverträgen nimmt die lex commissoria ein,[1]) eine Convention, welche lange schon vor der Entwicklung der Verkaufsbefugniss im Gebrauch war,[2]) zuletzt aber im Jahr 320 durch ein Gesetz Constantins untersagt wurde.[3]) Ihr Inhalt ergiebt sich aus den Schlussworten der L. 3. C. de pactis pignorum,[4]) aus der Umschreibung der Basiliken,[5]) endlich aus dem allgemeinen Wortsinn von committere.[6]) Der Schuldner entsagt seinem Recht der Rückforderung, wenn nicht auf die festgesetzte Zeit richtig gezahlt wird. Spätere Solution bleibt also ohne Wirkung. Der Gläubiger vertheidigt sich gegen die actio pignoraticia in personam durch eine exceptio, er selbst bedient sich gegen dritte Be-

---

1) Diese ist von Alters her ein Lieblingsthema der Schriftsteller gewesen. Die frühere Litteratur findet sich sehr vollständig bei Glück, Erläuterung. B. XIV. S. 87. n. 58. Seither sind hauptsächlich noch folgende hinzugekommen: Fritz, Erläuterungen zu Wening. B. I. S. 476—478. Sintenis, Pfandrecht. § 28. Gesterding, Pfandrecht. § 32. Warnkönig, dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der lex commissoria beim Pfandrecht, im Archiv für die civilistische Praxis B. XXIV. S. 1 ff. S. 312 ff. B. XXV. S. 60 ff. S. 226 ff. S. 420 ff.

2) Cicero ep. fam. XIII. 56. Philotes Alabaudensis *ὑποθήκας* Cluvio dedit. Hæ commissæ sunt. Cures velim, ut aut de hypothecis decedat, easque procuratoribus Cluvii tradat.

3) L. 3. C. de pact. pign. et de commissoria in pignoribus rescindenda. (VIII. 35.) Ueber die Zeit dieses Gesetzes s. I. Gothofredi chronologia theodosiani codicis t. I. p. 18.

4) «Creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt.»

5) *Ἐὰν εἴπῃ ὁ δανειστής, ὅτι, εἰ μὴ καταβληθείη μοι τὸ χρέος ἐντὸς τοῦδε τοῦ χρόνου, δεσπότης ἔσομαι τοῦ ἐνεχύρου, τοῦτο τὸ σύμφωνον ἀνίσχυρον ἔστω.* (Heimbach t. III. p. 90.)

6) Dieser zeigt sich besonders in der Bedeutung der lex commissoria beim Verkauf. D. XVIII. 3. Vgl. Wening, Civilrecht. B. III. § 388.

sitzer der publiciana. Eine eigene Contractsklage wird durch die lex commissoria nicht begründet.[7])

In die Klasse der Nebenberedungen gehört auch die von Modestin in Fr. 39. De pign. act. erwähnte Convention, welcher zufolge der Gläubiger für seine Befriedigung auf den Fruchtgenuss der Pfandsache während einer festgesetzten Zeit angewiesen wird.[8]) Auch hier liegt kein besonderer klagbarer Vertrag vor. Der Gläubiger wird sich durch eine exceptio gegen die pignoraticia des Schuldners vertheidigen, und den verlornen Besitz der Pfandsache mit der hypothecaria wieder erwerben.

6. Als selbstständiger Vertrag wird die emtio venditio mit dem pignus verbunden. Diess ist der Fall, wenn Gläubiger und Schuldner gleich bei der Eingehung des Pfandcontractes die Verabredung treffen, die Pfandsache soll dem Gläubiger verkauft sein, wenn der Schuldner nicht auf die festgesetzte Zeit Zahlung leistet. Hier sind zu gleicher Zeit zwei Verträge abgeschlossen: der Pfandvertrag und der Kauf, der erstere pure, der zweite dagegen unter einer Bedingung. Die Requisite einer giltigen emtio venditio sind vorhanden: die Sache ist bestimmt, ebenso der Preis; und dass die Sache vorerst noch als Pfand haftet, der Preis aber mit der Summe des Darlehns übereinstimmt, das kann der rechtlichen Wirksamkeit des Contractes keinen Eintrag thun. In unsern Quellen wird er denn auch entschieden anerkannt.

L. 1. C. de pact. pign. (VIII. 35.)

Imp. Alexander a. 222.

Qui pactus est, nisi intra certum tempus pecuniam, quam mutuam accepit, solveret, cessurum se creditoribus, hypothecæ venditionem non contraxit, sed id comprehendit, quod iure suo

---

7) An eine actio emti ist also nicht zu denken. Und doch könnte diese nicht versagt werden, wollte man mit Fritz a. a. O. und mit vielen Andern den Gläubiger als Käufer der Pfandsache betrachten.

8) «ut creditor pignus suum in compensationem pecuniæ suæ certo tempore possideret.»

creditor in adipiscendo pignore habiturus erat. Communi itaque iure creditor hypothecam vendere debet.

Der Kaiser billigt den Kaufvertrag, behauptet aber zugleich, dass das Versprechen des Schuldners: cessurum se creditoribus, einen solchen nicht enthalte.

Was mit dem Schuldner, das kann auch mit dem Bürgen verabredet werden. Ein Beispiel hievon findet sich in folgendem Fragment aus Scävolas VII. Buch der Digesten.

Fr. 81. pr. De contr. emt. (XVIII. 1.)

Titius quum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori sive hypothecæ prædia, et fideiussorem Lucium, cui promisit, intra triennium proximum se eum liberaturum; quodsi id non fecerit die suprascripta et solverit debitum fideiussor creditori, iussit prædia emta esse, quæ creditori obligaverat. Quæro: cum non sit liberatus Lucius fideiussor a Titio, an, si solverit creditori, emta haberet suprascripta prædia? Respondi: si non ut in causam obligationis, sed ut emta habeat, sub conditione emtio facta esset,[1]) contractam esse obligationem.

Der zur Entscheidung vorgelegte Fall ist ganz klar. Er enthält einen bedingten Verkauf der Pfandsache, diessmal nicht an den Gläubiger, sondern an den Bürgen. Die Antwort Scävolas ist dagegen allgemein missverstanden worden. Glück[2]) giebt folgende Erklärung: «Scävola entscheidet, der Vertrag sei giltig, wenn die Meinung der Interessenten sei, dass der Bürge auf den bedungenen Fall die verpfändeten Grundstücke für einen billigen Preis käuflich erhalten solle; ungiltig hingegen, wenn die Absicht der Interessenten dahin gehe, dass der Bürge die Hypothek blos für dasjenige, was er dem Gläubiger für den Schuldner bezahlt hat, zum Eigenthum bekommen solle.» Von allem dem ist kein Wort richtig. Scävola sagt einfach: wenn der Verkauf mit der Absicht zu verkaufen, nicht blos mit der zu verpfänden geschlossen worden ist, so liegt ein giltiger Contract vor, aus dem dieselben Forderun-

---

[1]) Statt esset hat die Florentina *est, et.* Die Verschmelzung in *esset* hat wohl nicht das mindeste Bedenken.

[2]) Erläuterung. B. XIV. S. 102.

gen entstehen, wie aus jedem andern. — Diese Unterscheidung schliesst sich an ein bekanntes, oben schon erörtertes Rechtsverhältniss an. Es giebt einen Kauf, der blos transferendi pignoris causa abgeschlossen und daher nicht nach den Grundsätzen über den Kauf, sondern nach denen des Pfandes beurtheilt wird. Der Bürge, welcher den Gläubiger befriedigt, erhält die Pfänder durch die Vermittlung des Magistrats käuflich zugesprochen.[3]) Aber trotz dieser Bezeichnung entsteht doch kein Eigenthum, sondern nur Pfandrecht. Dasselbe gilt nun für den Fall, wenn die Uebertragung der Pfänder nicht der Vermittlung des Magistrats überlassen, sondern von den Partheien selbst zum Voraus beredet wird. Auf einen solchen Fall nimmt Scävola Rücksicht. Wenn die Absicht der Partheien bei der Verkaufsberedung nur auf Uebertragung des Pfandrechts von dem Gläubiger auf den Bürgen gerichtet war, so hat die Verkaufsberedung selbst keine bindende Kraft. Es ist gar kein Kaufgeschäft zu Stande gekommen: emtio venditio contracta non est. Es kann also auch von keiner actio emti oder venditi die Rede sein, der zahlende Bürge kann nur in der Vermittlung des Magistrats Hilfe finden. Wurde dagegen ein ernstlicher Verkauf des Eigenthums beabsichtigt, wurde verkauft ut emta habeat prædia, nicht blos in causam obligationis, ut obligata habeat, so ist ein bindender Vertrag vorhanden und aus ihm entstehen die gewöhnlichen Klagen.

7. In dem eben behandelten Falle ist kein besonderer Kaufpreis genannt. Es ergiebt sich aber aus dem Zusammenhang, dass die Schuldsumme selbst unter den Partheien als solcher angenommen war. Eben so gut hätte indess irgend ein anderer, beliebiger Kaufpreis, höher oder niederer als die Darlehnssumme, verabredet werden können. Der Kauf wäre immer nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen gewesen.[1])

---

[3]) Fr. 2. Fr. 5. § 1. De distr. pign. Vgl. Fr. 26. pr. De pign. et hyp.

[1]) Diess ist von manchen Auslegern des Fr. 81. pr. De contr. emt. übersehen worden. Die Interpreten streiten sich hier, ob man ein iustum pretium überhaupt oder die Darlehnssumme als Preis ansehen müsse. S. Schulting ad h. Fr.

Und dasselbe gilt, wenn nicht der Bürge, sondern der Gläubiger kauft. Ausser den angeführten Arten der Preisberedung ist aber nun noch eine dritte möglich. Die Partheien können sich dieselbe auf später vorbehalten. Diess geschieht dann, wenn die Verabredung getroffen wird, nach nicht erfolgter Zahlung solle eine billige Schätzung erfolgen: res tunc iusto pretio æstimetur. Hier aber entsteht eine besondere Schwierigkeit. In welcher Weise soll dieser Vertrag aufrecht erhalten werden? Eine emtio venditio liegt nicht vor. Denn dazu fehlt der bestimmte Kaufpreis. Für eine blosse Nebenberedung aber, die ihre rechtliche Wirkung auf den contractus pignoraticius stützt, scheint der Inhalt der Beredung gar zu fremdartig. Soll man also jene Convention als ungiltig verwerfen? Eine solche Entscheidung würde das Bedürfniss des Lebens der rechtlichen Consequenz zum Opfer bringen. Die Römer entschieden für die Aufrechthaltung.

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

In Fr. 16. § 9. De pign. et hyp.

Potest ita fieri pignoris datio hypothecæve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emtionis possideat rem, iusto pretio tunc æstimandam. Hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio. Et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.

Die Ausdrucksweise Marcians lässt keinen Zweifel darüber, dass jene kaufähnliche Verabredung nicht als selbstständige, sondern blos als Nebenberedung des contractus pignoraticius aufrecht erhalten werden kann. Es liegt eine pignoris datio vor, aber eine besonders modifizirte: *ita* fit pignoris datio hypothecæve. Eine besondere Erklärung verlangt der Entscheidungsgrund. Marcian beruft sich auf die nahe Verwandtschaft der vorliegenden Verabredung mit dem Kaufvertrag. Aber was kann denn eine solche Verwandtschaft bewirken? Liegt in ihr ein Grund, das, was nicht als Kauf angesehen werden darf, doch wenigstens als Nebenbestimmung des pignus aufrecht zu erhalten? Unseres Erachtens allerdings. Dieselbe Grundanschauung, welche die actio præscriptis verbis für diejenigen

Fälle ins Leben rief, für welche kraft ihrer Verwandtschaft mit den alten Contracten eine Klage gerechtfertigt schien, dieselbe forderte die Aufrechterhaltung jener kaufähnlichen Beredung durch alle in dem Hauptgeschäft liegende Mittel. Die Kaufklagen sind also hier, wie in den Fällen der ersten Klasse gänzlich unanwendbar.

Es ist kaum glaublich, dass die meisten Interpreten das vorliegende Fragment mit Rücksicht auf das constantinische Verbot der lex commissoria zu erklären versuchten.[2]) Sie konnten sich keine Rechenschaft darüber geben, warum Marcian die conditionalis quodammodo venditio so so sehr hervorhebe, und verfielen daher auf den Gedanken, offenbar habe unser Schriftsteller den Gegensatz der lex commissoria im Auge. Er wolle sagen: die vorliegende Verabredung sei kein commissorischer Vertrag, daher nicht verboten wie dieser, sondern eher eine Art Verkauf und desshalb erlaubt. — Abgesehen von dem unverzeihlichen Anachronismus, auf welchem diese Erklärung ruht, ist auch gerade dasjenige Bedenken, welches Marcian hauptsächlich beschäftigt, die Unterlassung einer Preisbestimmung, nicht im mindesten berücksichtigt. Für die Ausdehnung des constantinischen Verbots wäre dieser Umstand ganz gleichgiltig, er spielt in der erwähnten Erklärung nicht die mindeste Rolle. Bei Marcian dagegen liegt auf ihm gerade alles Gewicht.

8. Es bleiben uns jetzt noch einige Fragen allgemeinern Inhalts. Zuerst über die Ausdehnung des constantinischen Verbots. Diese Frage ist von vielen Schriftstellern behandelt[1]) und durch eine Menge von Distinctionen verwirrt worden. Die Quellen enthalten nichts ausdrückliches zu ihrer Lösung; sie verweisen uns daher auf die Handhabung der allgemeinen Grundsätze. In Anwendung dieser sagen wir: alle Fälle, welche unter der Form des Kaufes die Substanz des commissorischen

[2]) Glück. Erläuterung. B. XIV. S. 96. ff.

[1]) Glück, Erläuterung. B. XIV. S. 96 ff. Weber, Kurze Erörterung der Frage: wie weit erstreckt sich eigentlich bei Verpfändungen das Verbot der commissoria; in dessen Versuchen über das Civilrecht. Nr. V. S. 351 ff.

Vertrags verbergen, werden von dem Gesetz Constantins erreicht. Die Anwendung auf den einzelnen Fall muss durchaus dem Richter überlassen werden. Bonus iudex varie ex personis causisque constituet.[2]) Der Verkauf als solcher ist nicht untersagt, mag er mit dem Pfandvertrag verbunden oder erst später abgeschlossen,[3]) mag er um den Betrag der Schuldsumme, um mehr oder weniger, oder auch um einen erst später festzusetzenden Preis, mag er endlich mit dem Gläubiger oder mit dem Bürgen verabredet worden sein. Daher ist es keine Unachtsamkeit der Compilatoren, wenn sie eine Anzahl solcher Fälle mit in die iustinianische Sammlung aufnahmen.

9. In mehrern der oben aufgezählten Fälle wird die actio pignoraticia trotz eingetretener Satisfaction undurchführbar. Die Anrechnung der Darlehenssumme als Kaufpreis enthält Befriedigung des Gläubigers und doch kann der Schuldner seine Pfandsache nicht zurückfordern. Auch hier also ein Fall, in welchem die Rechtstheorie weiter geht als die Formel.

Paulus libro XXIX. ad edictum.

In Fr. 20. § 3. De pign. act.

Interdum etsi soluta sit pecunia, tamen pignoraticia actio inhibenda est, veluti si creditor pignus suum emerit a debitore.

Es bedarf kaum der Erwähnung, dass hier nicht nur an einen erst nachträglich geschlossenen Verkauf wie in Fr. 34. D. eod. zu denken ist, sondern dass auch eben so gut ein zugleich mit dem Pfandvertrag abgeschlossener Kauf angenommen werden kann. Anders steht die Sache bei der commissoria. Hier ist der Gläubiger gar nicht befriedigt, die pignoraticia daher gar nicht begründet. Wird aber hinterher Befriedigung angeboten und wegen Verweigerung der Annahme gerichtlich deponirt, so sind die Erfordernisse der Klage wiederum vorhanden, der Gläubiger sieht sich daher zur Vertheidigung durch eine exceptio genöthigt.

---

[2]) Celsus in Fr. 38. De rei vind. (VI. 1.)

[3]) Fr. 34. De pign. act.

Zuletzt ist noch die Frage aufzuwerfen, wie sich die Giltigkeit der aufgezählten Verträge mit der völligen Unmöglichkeit, die Veräusserungsbefugniss zu untersagen oder zu beschränken,[1]) zusammen reimen lässt. Auch hier müssen wir zwischen dem Verkauf der Pfandsache an den Gläubiger und der lex commissoria unterscheiden. Jener begründet Satisfaction, die Verkaufsbefugniss fällt also in Folge von Befriedigung, nicht kraft eines Veräusserungsverbotes weg, diese dagegen tritt noch neben das Verkaufsrecht, sie ist wie die lex commissoria beim Verkauf,[2]) zu Gunsten des Gläubigers aufgenommen, sie bindet nur den Schuldner, der Gläubiger kann nach wie vor verkaufen, wenn er es nicht vorzieht, den commissorischen Vertrag geltend zu machen.

10. Unter die Fälle der Befriedigung des Gläubigers ohne Verkauf gehört auch die dominii impetratio.[1]) In ihr liegt eine Ueberschreitung der Grenzen des Verkaufsvertrags, wie sie nur das äusserste Bedürfniss, die Unmöglichkeit der Veräusserung selbst zu entschuldigen vermag. Die Ursprünge dieses Instituts sind uns verborgen. Nur so viel wissen wir mit Bestimmtheit, dass es zur Zeit der classischen Juristen schon volle Anerkennung gefunden hatte.[2]) Damals war es an eine vorgängige Proscription der Pfandsache gebunden,[3]) der Wiedereinlösung während eines Jahres nach erfolgtem Zuschlag unterworfen,[4]) auf ein ganzes Vermögen unanwendbar,[5])

---

[1]) Fr. 4. 5. De pign. act.

[2]) Fr. 2. 3. De leg. comm. (XVIII. 3.)

[1]) Schriften: Glück, Erläuterung. B. 19. S. 403. ff. Sintenis, Pfandrecht. § 56. Gesterding, Pfandrecht. S. 187. Fritz, Erläuterungen zu Wening. B. I. S. 479. Müller, über die Frage: unter welchen gesetzlichen Voraussetzungen kann ein Pfand giltig veräussert, und beziehungsweise vom Gläubiger das dominium impetrirt werden. Civilistische Abhandlungen. Nro. 3.

[2]) Ulpian in Fr. 24. pr. De pign. act. Tryphonin in Fr. 63. § 4. De acq. rer. dom. (XLI. 1.) Imp. Alexander a. 229. in L. 1. C. de iure dom. imp. (VIII. 34.) Imp. Gordianus a. 238. in L. 2. C. eod.

[3]) L. 3. pr. C. eod.

[4]) L. 3. pr. C. eod.

[5]) L. 1. C. eod.

mit fortgesetztem Zinsenbezug unverträglich,[6]) und auf den Fall der Eviction mit einer actio emti utilis zu Gunsten des Gläubigers ausgerüstet.[7]) Ausführlichere Bestimmungen erliess Justinian.[8]) Das Wesentlichste seiner Gesetzgebung besteht in folgenden Punkten: Eine öffentliche Auskündung der Pfandsache ist nicht weiter erforderlich. Dagegen muss der Gläubiger, sobald die Unmöglichkeit des Verkaufs vorliegt,[9]) den Schuldner entweder selbst oder durch die Vermittlung des Richters zur Zahlung auffordern.[10]) Erfolgt auch jetzt keine Befriedigung, so wird das Eigenthum zugesprochen. Allein dieses ist für die nächstfolgenden zwei Jahre nur erst ein widerrufliches,[11]) und auch später gilt jede Veräusserung von Seite des Gläubiger-Eigenthümers nur als Pfandverkauf. Auf den Mehrbetrag der Forderung behält der Gläubiger, auf den Ueberschuss des Erlöses der Schuldner seinen alten Anspruch.[12]) Eigenthum und Forderung werden nur dann gegeneinander aufgerechnet, wenn sich ihr Werth gleich steht. Im Falle der Ungleichheit wird dem Gläubiger für den Mehrbetrag seiner Forderung die alte Klage, dem Schuldner für den Mehrwerth des Eigenthums, jedoch in Verbindung mit dem Auskaufsrecht zu Gunsten des Gläubigers, gelassen.[13]) Darnach bestimmt sich auch der Einfluss des Eigenthumszuschlags auf das Recht der nachstehenden Pfandgläubiger. Diese verlieren ihren früheren Anspruch in dem ganzen Umfang des dem Gläubiger zugesprochenen Antheils, behalten ihn dagegen an der dem

---

6) L. 2. C. eod.

7) Fr. 24. pr. De pign. act.

8) L. 3. C. c. vom Jahr. 530.

9) Eine bestimmte Frist ist hiefür nicht festgesetzt. Denn die Worte: scilicet post biennium (§ 2.) beziehen sich ohne Zweifel auf diejenigen zwei Jahre, deren Ablauf abgewartet werden muss, bevor zu dem Verkauf geschritten werden darf, so oft wenigstens kein besonderer Vertrag hierüber etwas Anderes festsetzt.

10) L. 3. §§ 2. 3. initio C. c.

11) L. 3. § 3. in fine C. c.

12) L. 3. §§ 5. 6. C. c.

13) L. 3. § 4. C. c.

Schuldner gelassenen Quote,[14]) ebenso, nach erfolgtem Auskauf, an der Auskaufssumme,[15]) zuletzt, nach späterm Verkauf, an dem Mehrerlös.[16]) Der nachstehende Gläubiger steht in allen diesen Fällen an der Stelle des Schuldners, er kann daher auch während der zweijährigen Luitionsfrist gleich ihm Zahlung anbieten und in das Rechtsverhältniss des Abgefundenen einrücken.[17])

Durch den Zuschlag des Eigenthums wird die Schuld ebenso direct getilgt wie durch Hingabe an Zahlungsstatt.[18]) Spätere Eviction macht die einmal eingetretene Befreiung des Schuldners nicht wieder rückgängig.[19]) Daher kommt es, dass die pignoraticia in personam actio auf Rückgabe der nicht eigenthümlich zugesprochenen Pfandsachen auch jetzt noch ipso iure zusteht und nur mit Hilfe der Compensations-Einrede entkräftet werden kann.

Ulpian. libro XXX. ad edictum,

In Fr. 24. pr. De pign. act.

— Immo utilis ex emto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum eius intersit; sed et compensationem habere potest creditor, *si forte pignoraticia*, vel ex alia causa[20]) cum eo agatur.

---

14) L. 3. § 4. C. c. aliis autem debitoris creditoribus vel ipsi debitori servatum.

15) L. 3. § 4. C. c. debitori vel creditori debitoris.

16) Diess wird nicht ausdrücklich hervorgehoben.

17) Diess in Folge allgemeiner Principien. Der offerens wird ohne Zweifel auch die von dem Abgefundenen schon zurückgelegte Zeit auf die zwei Jahre abrechnen. Sæpe enim, quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest. Fr. 3. Quæ res pign.

18) Fr. 24. pr. De pign. act. Anton Faber, rationalia ad h. Fr. will dagegen nur eine liberatio ope exceptionis annehmen.

19) Zum Unterschied von demjenigen Falle, da der Gläubiger dem Käufer Eviction leistet. Hier heisst es: nihil solutum esse ut auferri non possit, palam factum est. Fr. 23. De pign. act. Die datio in solutum dagegen kann nicht auf die gleiche Weise rückgängig gemacht werden; sie bleibt bestehen, aber an die Stelle des Eigenthums tritt die actio pro evictione, deren Inhalt nun auch durch Compensation geltend gemacht werden kann.

20) Paulus R. S. II. 5. § 3.

Würde durch die spätere Entwährung des Eigenthums die Liberation selbst rückgängig, so wäre die pignoraticiâ in personam gar nicht mehr durchführbar, die Geltendmachung der Compensation daher nicht weiter erforderlich. Nun aber verlangt sie Ulpian ganz allgemein. Es ist also nicht zu bezweifeln, dass die pignoraticia selbst begründet, mithin die Liberation in Kraft geblieben ist.

XIX.

Folgen der Ausbildung des Pfandverkaufs: Umgestaltung der fiducia, die Hypothek.

---

1. Der Pfandverkauf wurde in den letzten Abschnitten zuerst nach seiner geschichtlichen Entwicklung, alsdann nach seiner Theorie betrachtet. Jetzt soll noch von seinen Hauptwirkungen gesprochen werden. Die fiducia, selbst keiner weitern Ausbildung fähig, erlitt eine Umgestaltung. Die ganze Theorie des Pfandverkaufs wurde auf sie übertragen. Dem altrömischen Ausdruck pignus trat der griechische hypotheca zur Seite; für die pignoraticia in rem actio kam die Bezeichnung hypothecaria in allgemeine Uebung. Die Wichtigkeit dieser beiden Punkte ist eine ganz verschiedene. Nur der erste, die Umgestaltung der fiducia, enthält einen wirklichen Fortschritt in der Ausbildung der Realcaution. In der Hypothek wurde nur ein neues Wort, kein neues Institut gewonnen. Unsere Darstellung wird daher für beide Punkte eine verschiedene Richtung nehmen, für die fiducia eine positive, für die Hypothek eine mehr abwehrende. Für jene ist nachzuweisen, was neu geworden ist, für diese darzuthun, dass in ihr keine neue Gestaltung des Pfandrechts vorliegt.

2. Wir haben oben schon darauf aufmerksam gemacht, dass die Ausbildung der Verkaufsbefugniss das Besitzespfand

zu der Kraft einer Eigenthumsverpfändung erhob, ja dass diese Art der Eigenthumsverpfändung dem Zweck einer Realcaution mehr entsprach als die alte fiducia. Wir fügen jetzt bei, dass es keiner weitern Erklärung bedarf, um die Zurückführung der fiducia auf das Maas des pignus zu rechtfertigen. Das alte Eigenthumspfand gieng über seinen Zweck hinaus; statt Befriedigung zuzusichern, führte es zu dauerndem Eigenthum. In diesem Punkte war das neue Eigenthumspfand vollkommener, in diesem wurde es daher Vorbild für die Umgestaltung des alten. Die fiducia sollte fortan nicht mehr zu bleibendem Eigenthum des Gläubigers führen, sie sollte, wie das pignus, nichts weiter als Befriedigung gewähren. Ist diese gewonnen, so ist das Ziel erreicht, der Zweck erfüllt. Der Gläubiger ist alsdann zu der Rückübertragung alles dessen, was von der fiducia noch in seinen Händen ist, gezwungen. Hat er also den Weg des Verkaufs gewählt, so giebt er den Ueberschuss aus dem Erlös zurück.[1]) Ist er aus dem Ertrag der Sache befriedigt, so hat er den fiducirten Gegenstand selbst an den frühern Eigenthümer auszuliefern,[2]) natürlich nur gegen vollständigen Ersatz der Auslagen.[3]) Hierauf beschränkt sich jedoch die Umgestaltung noch nicht. Der Schuldner hat das Recht steter Luition, so lange der Verkauf nicht wirklich erfolgt ist;[4]) er kann sogar selbst verkaufen und aus dem Erlös befriedigen;[5]) er kann endlich die gesetzlichen Restitutionsgründe gegen die Veräusserung selbst anrufen.[6]) Alle diese Sätze werden uns ausdrücklich bezeugt, freilich nicht in der iustinianischen Compilation, denn hier ist jede Spur der fiducia sorgfältig vertilgt, aber von Paulus in den receptæ sententiæ. In zwei Punkten unterscheiden sich jedoch auch jetzt noch fiducia und pignus. Die fiducia trägt die Verkaufsbefugniss in sich selbst, sie bedarf daher keiner ausdrücklichen

[1]) Paulus R. S. II. 13. § 1.
[2]) Paulus R. S. II. 13. § 2.
[3]) Paulus R. S. II. 13. § 7.
[4]) Paulus R. S. II. 13. § 4.
[5]) Paulus R. S. II. 13. § 3.
[6]) Paulus R. S. I. 9. § 8.

Einräumung derselben, eben deshalb ist für sie auch niemals eine vorläufige Denuntiation erforderlich [7]) und im Fall der ausdrücklichen Untersagung des Verkaufs eine einzige hinreichend.[8]) Zweitens erwirbt der Gläubiger-Eigenthümer durch den fiducirten Sklaven in demselben Umfang, wie jeder andere Eigenthümer, er hat sich nicht mit dem Anspruch auf den Ertrag der operæ zu begnügen, wie der Inhaber eines blossen pignus. [9]) Diese Unterschiede sind eben ein nothwendiger Ausfluss des Eigenthums und konnten daher auch nach der Ausgleichung des pignus mit der fiducia nicht entfernt werden. Im übrigen geht die Uebereinstimmung durch.[10]) Das Pfand ist in beiden Fällen dasselbe, nur die Bestellungsart ver-

---

7) Paulus R. S. II. 5. § 1. Creditor si *simpliciter sibi pignus depositum* distrahere velit, ter ante denuntiare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur. Der Beisatz simpliciter depositum schliesst zwei Fälle aus, zuerst die fiducia, welche auch in der Ueberschrift des Titels IV als Gegensatz zu pignus depositum aufgeführt wird, zweitens das pignus mit der Verkaufsberedung. In diesen beiden Fällen wird keine dreimalige Denuntiation, also überhaupt keine Denuntiation verlangt. Vgl. oben VI. § 14.

8) Paulus R. S. II. 13. § 5. Si inter creditorem et debitorem convenerit, ut fiduciam sibi vendere non liceat, non solvente debitore creditor denuntiare ei solenniter potest et distrahere: nec enim ex tali conventione fiduciæ actio nasci potest. Man hat hier ganz willkürlich das Wörtchen *ter* eingeschaltet, das weder hinter creditor, noch hinter solenniter gestanden haben kann. Die Interpretation der Gothen hat es freilich aufgenommen, aber zugleich fiducia in pignus umgeändert, und für das pignus ist die dreimalige Denuntiation allerdings erforderlich. Fr. 4. De pign. act.

9) Paulus II. 13. § 2. — Collatio II. § 3. Per hominem liberum noxæ deditum si tantum acquisitum sit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus est a prætore, qui noxæ deditum accepit: *sed fiduciæ iudicio non tenetur.* Wir haben diese Stelle schon oben XIV. 7. in ihrer Bedeutung für das prätorische Pfand betrachtet. Hier ist nur darauf aufmerksam zu machen, dass nicht von der *pignoraticia* in personam actio, sondern von der *fiduciæ* actio die Rede ist. Der Grund liegt in dem Eigenthumsübergang, wie er durch den prätorischen Ductionsbefehl vermittelt wird. Darin besteht die Aehnlichkeit mit der fiducia. Wenn nun die fiduciæ actio dennoch für unanwendbar erklärt wird, so geht daraus hervor, dass sie sonst da eintritt, wo der Erwerb des Sclaven, welcher Art er auch sein mag, Befriedigung herbeigeführt hat.

10) Denn was Paulus R. S. III. 6. § 69. von der fiducia allein bemerkt, das kann nicht als Unterschied geltend gemacht werden. Der Inhalt und die Worte des Legats verlangen die Beschränkung auf die fiducia.

schieden. Kein Wunder, dass wir nunmehr an so vielen Stellen pignus und fiducia verbunden sehen,[11]) kein Wunder, dass auch unter ihnen der Vorzug der Zeit und das Recht der Oblation von Seiten des schlechtern an den bessern Pfandgläubiger zur Anwendung kam.[12])

3. Wir wenden uns zu der Hypothek. Sie ist keine neue von dem pignus gänzlich verschiedene Verpfändungsform. Dem Pfandrecht ist in ihr kein neues Institut, nur ein neues Wort zugewachsen. Um diese Behauptung zu rechtfertigen, genügt es, auf die Natur und Entwicklung des pignus zurückzuweisen. Das Besitzespfand konnte seit den ältesten Zeiten eben so gut verabredet als körperlich übergeben werden. Der prætor schützte auf den Grund der Verkommniss die Apprehension von Seiten des Pfandgläubigers. Ja es dauerte nicht lange, so wurde der magistratische Schutzbefehl zu einem stehenden Interdict ausgebildet, welchem später eine in rem actio zur Seite trat. Das pignus verlangte also von Anfang an zu seiner Entstehung und zu seinem Begriffe Nichts weiter als das blosse pactum, keineswegs die Tradition des Besitzes. Von Seite der materiellen Befugnisse war freilich nicht dieselbe Unabhängigkeit von der wirklichen Sachdetention vorhanden. Der Fruchtgenuss verlangte körperlichen Besitz, der Gläubiger erwarb die Erzeugnisse als bonæ fidei possessor. Aber seit der Ausbildung der Verkaufsbefugniss sehen wir auch von dieser Seite die völligste Unabhängigkeit hergestellt. Der verkaufende Gläubiger braucht dem Käufer nur seine Pfandklage

---

11) Ausser den in den frühern Noten enthaltenen auch noch Paulus R. S. II. 4. III. 6. § 16. V. 1. § 1. 26. § 4. Consultatio VI. p. 819. ed. Schulting.

12) Paulus R. S. II. 13. § 8. Wenn schon hier das Wort fiducia nicht gebraucht wird, so zeigt doch schon die Stellung dieses Paragraphen in einem Titel, welcher der Darstellung der fiducia gewidmet ist, dass das Oblationsrecht nicht auf creditores pignoraticii beschränkt ist, sondern auch gegenüber der fiducia geltend gemacht werden kann. Dabei ist es völlig gleichgiltig, welches dem Andern vorgeht, ob das pignus der fiducia oder umgekehrt. Nur können natürlich niemals mehrere fiduciæ neben einander bestehen.

abzutreten, den Besitz hat er nicht zu übertragen.[1]) So wird er zu seiner Befriedigung gelangen, ohne das Pfand auch nur einen Augenblick besessen zu haben. Kann diess pignus nicht mit dem vollsten Recht hypotheca genannt werden?[2]) Die völlige Unabhängigkeit von dem Pfandbesitz gehört also dem System des pignus an und ist auf dem Gebiet des pignus zur Ausbildung gekommen. Hypotheca ist ein neues Wort für eine alte Sache, sie ist selbst ein pignus. Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.[3]) So unwesentlich ist die Besitzesübertragung für die Entstehung und den Begriff des pignus, dass die Tradition da, wo auf sie etwas ankommt, durch einen eigenen Zusatz als pignus depositum[4]) oder commendatum[5]) immer noch besonders hervorgehoben werden muss; und wenn in scheinbarem Widerspruch mit diesem Sprachgebrauch an einer einzelnen Stelle der Unterschied von pignus und hypotheca in die Uebertragung oder Zurückbehaltung des Besitzes gesetzt wird,[6]) so ist nur zu leicht zu erkennen, dass die Beschränkung gerade erst durch den Ausdruck hypotheca, nicht ohne Beihilfe einer falschen Etymolo-

---

[1]) Oben XVII. 2.

[2]) Eine vollkommene Bestätigung der Wichtigkeit des Verkaufsrechts für die Herstellung des Begriffs der hypotheca liegt in folgendem Fragment Marcians. Fr. 12. § 10. Qui pot. Si priori hypotheca obligata sit, nil vero de venditione convenerit, posterior vero de hypotheca vendenda convenerit, verius est, priorem potiorem esse; nam et in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem. Also in der Bestellung der Hypothek liegt die Einräumung der Verkaufsbefugniss, gerade wie in dem pignus der Anspruch auf Besitzesübertragung.

[3]) Marcian in Fr. 5. § 1. De pign. et hyp.

[4]) Paulus R. S. II. 4. V. 26. § 4.

[5]) Fr. 24. Depos. (XVI. 3.) Fr. 186. De verb. sign. (L. 16.) — Ueberdiess wird auch sonst noch die Tradition besonders hervorgehoben. Fr. 13. § 3. De pign. et hyp. Fr. 50. § 1. De iure dot. (XXIII. 3.) Fr. 1. § 15. De acq. vel am. poss. (XLI. 2.) Fr. 68. pr. De furt. (XLVII. 2.) L. 3. C. de servo pign. dato. (VII. 8.) Der Ausdruck pignoris datio dagegen bezeichnet nicht die Uebergabe, sondern ganz regelmässig die blosse Convention, denn diese erzeugt eine vindicatio. Vgl. Fr. 66. § 6. De leg. II. (XXXI.) L. 4. C. de fideic. (VI. 42.) Ueberdiess sehr häufig in den Titeln über das Pfandrecht, z. B. Fr. 5. De pign. et hyp.

[6]) Fr. 9. § 2. De pign. act.

gie,[7]) veranlasst wurde. In unzähligen Stellen der Compilation werden pignus und hypotheca neben einander mit völlig gleicher Bedeutung, ja zuweilen sogar von einem und demselben Pfandvertrag gebraucht,[8]) und auch in theoretischen Fragen ist die Verpfändung mit dem Ausdruck pignus stets das anerkannte Vorbild für diejenige, bei deren Verabredung oder in deren Urkunde sich die Partheien des Wortes hypotheca bedient hatten.[9])

Die hier vorgetragene Ansicht über das Verhältniss von pignus und hypotheca tritt zu der gemeinen Meinung der frühern und unserer Zeit in einen bestimmten Gegensatz. So sehr wird Wesen und Entwicklung der Besitzesverpfändung verkannt, dass man nicht das mindeste Bedenken trägt, das Unerhörteste zu behaupten, was je von der Entwicklung eines römischen Rechtsinstituts behauptet worden ist: die gänzliche Umgestaltung desselben nach dem Vorbild eines griechischen Musters. Die Hypothek soll nicht nur ihrem Namen, sondern ihrem Inhalt und Wesen nach den Griechen gehört haben, und von den Römern als neues Reis auf den Stamm des altitalischen pignus aufgepflanzt worden sein. Daraus habe sich denn eine Umgestaltung des bisherigen Rechts ergeben, wie sie nicht vollständiger gedacht werden könne.[10]) Zeigt irgend ein Rechtstheil ähnliche Erscheinungen? Wie kühn sind solche Behauptungen! Und wo sind denn Beweise? Man kann es kaum glauben, eine falsche Etymologie des Wortes pignus und der griechische Ursprung des Ausdrucks hypotheca, verbunden mit der ciceronianischen Nachricht von den Pfändern des Cluvius,[11])

---

7) Fr. 2. 38. § 2. De verb. sign. (L. 16.) pignus a pugno.

8) Ausser den dem Pfandrecht bestimmten Büchern z. B. in Fr. 37. De acq. vel am. poss. (XLI. 2.) Fr. 122. § 1. am Anfang. De verb. obl. (XLV. 1.) Fr. 97. De sol. et lib. (XLVI. 3.) Fr. 38. pr. De leg. III. (XXXII. 1.) L. 2. C. de her. act. (IV. 16.) L. 2. C. per quas pers. (IV. 27.) L. 8. § 5. C. de bon. quæ lib. (VI. 61.)

9) Fr. 11. § 3. De pign. et hyp. Iura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt, igitur nec convenire possunt ut hypothecæ sint. Fr. 16. § 1. D. eod. Fr. 12. § 10. Qui pot.

10) Worte Puchta's, Cursus der Institutionen. II. S. 711.

11) Ad fam. XIII. 56.

sind Alles, was man für sich anzuführen weiss. Aus diesen Elementen wird denn die Geschichte des römischen Pfandrechts, wie sie bisher gelehrt worden ist, zusammengesetzt, eine Geschichte, welche mit dem Faustpfand beginnt, dann zu der griechischen Hypothek übergeht, und mit der Verschmelzung beider Institute schliesst.

4. Die letzte Frage, welcher wir unsere Aufmerksamkeit zu widmen haben, betrifft das Verhältniss von hypotheca und fiducia. Die fiducia wurde nach dem Vorbild des pignus umgestaltet. Wir haben diess für die materiellen mit dem Pfandrecht verbundenen Befugnisse, also für die eine Hälfte des Pfandrechts nachgewiesen. Sollte nicht das Gleiche auch für die zweite Hälfte, für die rechtliche Persecution durchgeführt worden sein? Mit andern Worten, sollte nicht auch die in factum gefasste, zunächst und ursprünglich für das pignus bestimmte Pfandklage eben so gut auf die fiducia Anwendung leiden? Ich will hier die Gründe andeuten, welche mir für die Affirmative zu sprechen scheinen. Die fiducia unterscheidet sich von dem pignus nur in der Art ihrer Bestellung. Sie ist überdiess von der Besitzübertragung völlig unabhängig, ja mit ihr öfters in Gegensatz gesetzt,[1]) folglich eine wahre Hypothek so gut als das pignus. Dazu kommt folgende Stelle Marcians, welche durch die Ausdehnung der hypothecarischen Klage auf die fiducia ihren prägnantesten Sinn erhält.

Fr. 16. § 5. De pign. et hyp.

Creditor hypothecam sibi per sententim adiudicatam quemadmodum habiturus sit, quæritur: *nam dominium eius vindicare non potest.* Sed hypothecaria agere potest: et si exceptio obiicietur a possessore rei iudicatæ, replicet: si secundum me iudicatum non est.

Der Gläubiger tritt mit der hypothecarischen Klage gegen den Schuldner auf, und trägt eine günstige Präjudicialsentenz davon. Der Schuldner wird zur cautio de restituendo verurtheilt, ver-

---

[1]) Paulus R. S. II. 4.

weigert aber späterhin die Herausgabe der Pfandsache, und lässt sich lieber aus der abgeschlossenen Caution belangen. Der Gläubiger dagegen möchte die Sache selbst haben, weil der Schuldner inzwischen insolvent geworden ist.[2]) Wie soll er diess anstellen? Marcian antwortet: Wäre ihm das Pfand in Form von fiducia bestellt worden, so könnte er nun mit der rei vindicatio helfen. *Es wird also zugegeben, dass die fiducia als Hypothek mit der hypothecaria, als Eigenthum aber ausserdem noch mit der vindicatio verfolgt werden kann.* Wo das Pfand dagegen als blosse Hypothek errichtet wurde, fährt Marcian fort, da muss sich der Gläubiger durch eine wiederholte Anstellung der hypothecaria und durch den Gebrauch der replicatio: si secundum me iudicatum non est, helfen.

Weitere Zeugnisse finden sich keine. Sie sind alle insgesammt von den Compilatoren weggelassen worden. Die Anwendung der hypothecaria actio auf das fiducirte Pfand noch neben der rei vindicatio hatte für dieses dieselbe Bedeutung, wie für das pignus die pignoraticia in rem actio neben der alten serviana. Der Beweis des quiritarischen Eigenthums in der Person des Verpfänders konnte nun vermieden werden. Schon das ‚in bonis genügte und unter dieses fällt auch die blosse bonæ fidei possessio.

Die Geschichte des römischen Pfandrechts schliesst also mit der Ausgleichung von pignus und fiducia, von Besitzes- und Eigenthumspfand, und mit der Vereinigung beider in der Hypothek. Die materielle sowohl als die rechtliche Pfandpersecution ist nun überall dieselbe. Es giebt nur noch *ein* Pfandrecht, aber mehrere Bestellungsarten. Diese Einheit hat in der Aufnahme des Wortes hypotheca in die Formel der Pfandklage ihre rechtliche Sanction erhalten. Man spricht jetzt nur noch selten von einer pignoraticia, regelmässig von der hypothe-

[2]) Ribbentrop, Keller und Buchka nehmen eine andere Sachlage an. Die unsrige hat jedenfalls den Vorzug, dass sie sich unmittelbar an den § 3. desselben Fragments anschliesst. Vgl. Ribbentrop, comment. ad L. 16. § 5. de pign. et hyp. et L. 9. § 1. de exc. rei iud. p. 48. 59. Keller, Litiscontestation. S. 591 ff. Buchka, Lehre vom Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältniss. S. 156 ff.

caria actio und diesen Titel tragen auch die Werke von Marcian und Gaius. In dem Begriff der Hypothek spielt weder Besitz noch Eigenthum irgend eine Rolle. Daher umfasst er pignus und fiducia in gleicher Weise; dagegen ist das Verkaufsrecht entscheidend,[3]) und in diesem stimmen die beiden alten Pfandarten völlig überein.

---

[3]) Fr. 12. § 10. Qui pot. Oben in diesem Abschnitte § 3. n. 2.

Zusätze.

---

1. Zu II. § 11. S. 49.

Die Formel der hypothecarischen Klage verlangt eine doppelte Berichtigung. Die erste bezieht sich auf die Erwähnung der durch das Pfand gesicherten persönlichen Forderung. Mit Unrecht wird der von Huschke aufgenommene Zusatz: pro pecunia quam Titius debitor Seio creditori ex testamento Lucii dare oportet, verworfen. Aus den im § 12. dagegen geltend gemachten Gründen folgt für die Formelfassung Nichts, und Fr. 13. § 5. De pign. et hyp. aus Marcians Commentar ist ganz entscheidend. — Die zweite Berichtigung betrifft die Condemnation. Diese muss, wie bei allen freien Klagen, auf die Zukunft, also auf die Zeit des auszufällenden Urtheils, gestellt sein. Die Zeit der Formelertheilung ist nur bei den strengen Actionen von Bedeutung. Es muss also heissen: quanti ea res *erit*, nicht: quanti ea res est. Ausdrückliche Beweise für die Pfandklage haben wir nicht. Aber die Möglichkeit der Restitution bis zur Ausfällung des Urtheils verträgt sich mit einer frühern Schätzungszeit durchaus nicht. Diese Annahme scheint durch Marcians Darstellung in Fr. 16. §§ 3—6. De pign. et hyp. bestätigt zu werden. Vgl. v. Savigny, System. VI. S. 201. — Die Formel lautet jetzt folgendermaassen:

Iudex esto. Si paret convenisse inter Seium creditorem et Titium debitorem de Sticho servo, quum is in bonis Titii de-

bitoris esset, ut pignoris nomine esset obligatus pro pecunia, quam Titium debitorem Seio creditori ex mutuo dare oportet, eamque pecuniam solutam non esse neque eo nomine satisdatum esse neque per Seium creditorem stetisse, quo minus solveretur, nisi arbitrio tuo Titius debitor Seio creditori pecuniam solvat, aut Stichum servum restituat, quanti ea res erit, tanti Titium debitorem Seio creditori condemna, si non paret absolve.

2. Zu II. § 19. S. 77.

Hier finden sich die Worte: «Die Milde der Behandlung geht so weit, dass auf die Restitution der Früchte nur da erkannt werden soll, wo die Sache selbst zur Tilgung der Pfandforderung nicht hinreicht.» Diese Behauptung ist vollkommen richtig. Aber sie verlangt, um gegen Widerspruch gesichert zu sein, eine doppelte Erläuterung. Erstens. Der Ausdruck: «Restitution der Früchte» wurde absichtlich gewählt. Er soll die Arbitrium-Instanz im Gegensatz zu dem Endurtheil hervorheben. Marcian (Fr. 16. § 4. De pign. et hyp.) bedient sich der technischen Bezeichnung arbitrari, und gebraucht erst später abwechslungsweise das allgemeine condemnare, welches bekanntermaassen auch sonst von dem ersten Urtheil, dem arbitrium, vorkommt. — Zweitens: Die Art der Früchte brauchte nicht näher angegeben zu werden, da für alle, sowohl die vor der Litiscontestation als die erst während des Processes gezogenen durchaus dasselbe gilt. Die einen wie die andern sind nur dann zu restituiren, wenn der Werth der Hauptsache zur Deckung der Forderung nicht hinreicht.

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

In Fr. 16. § 4. De pign. et hyp.

Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam de fructibus condemnet. Quid enim, si minoris sit prædium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi exstent et res non sufficit.

Marcian spricht zuerst von den während des Processes gezogenen Früchten, in den Schlussworten der Stelle von dem

Ertrag der frühern Zeit. Für den letztern wird die Insufficenz der Hauptsache ausdrücklich hervorgehoben. Denn die Lesart der Florentina «nisi exstent et res non sufficit» verdient vor der vulgata: «nisi res exstent» unbedingt den Vorzug. Für die Processfrüchte gilt dasselbe. Wozu sonst die Frage: quid enim si minoris sit prædium quam debetur? Wozu das interdum? In einem andern Punkte dagegen unterscheiden sich die beiden Arten der Früchte sehr wesentlich. Die Processfrüchte, gezogene, aufgezehrte, versäumte, können unter allen Umständen in Anspruch genommen werden, kraft des in der Litiscontestation enthaltenen Contractes, welcher den Besitzer zur gehörigen Bebauung verpflichtet. Die frühern Früchte müssen dagegen noch vorhanden sein; aufgezehrte und versäumte werden nicht angeschlagen, ein Verpflichtungsgrund, eine causa debendi, lässt sich für sie in der Person des Besitzers nicht entdecken. Die fructus antecedentes sind also eine sehr zufällige Erweiterung der Pfandsache, und darin liegt der Grund, warum sie von Marcian nur ganz beiläufig erwähnt, von den Basiliken geradezu übergangen sind.

Basilicorum l. XXV. t. II. 16. (Heimbach III. p. 70.)

Καὶ περὶ τῶν μετὰ προκαταρξιν καρπῶν ὁ δικαστὴς τυποῖ. τί γάρ, ὅτι τὸ πρᾶγμα πρὸς τὸ χρέος οὐκ ἀρκεῖ;

Noch bleibt ein Punkt unerledigt. Bei jeder in rem actio muss der Fruchtertrag auch für die Zeit vor der Litiscontestation in seinem ganzen Umfang erstattet werden, sobald dem Besitzer mala fides zur Last fällt. Die strenge Verpflichtung, welche sonst erst mit der Litiscontestation eintritt, wird hier auf einen frühern Augenblick, nämlich auf den Anfang der malæ fidei possessio, zurückbezogen. Warum hebt Marcian diesen für seine Frage so wichtigen Unterschied nicht hervor? Man könnte die Schwierigkeit durch folgende historische Bemerkung zu lösen versuchen: es ist nämlich bekannt, dass der dolus præteritus zuerst durch das S. C. iuventianum in das römische Recht eingeführt wurde. Fr. 20. § 6 De heredit. pet. (V. 3.) Die mala fides des Besitzers galt jetzt als ein selbstständiger Obligationsgrund, als ein Quasi Delict, und

daraus ergab sich unter andern Folgen die Verpflichtung zur Leistung sämmtlicher Früchte. Diess obligatorische Verhältniss ruht offenbar auf einer Fiction, denn die mala fides, wenn auch noch so strafbar, kann doch für sich allein kein Obligationsverhältniss erzeugen. Eine Fiction aber darf nicht über das Gebiet, für welches sie zuerst eingeführt wurde, ausgedehnt werden. Das Inventianum betrifft nun nur die hereditatis petitio, nicht die ganze Klasse der in rem actiones, also auch nicht die hypothecaria, für diese müsste es also bei dem alten Recht sein Verbleiben haben, der Besitzer wäre demnach von der Fruchtrestitution befreit, weil für ihn auch jetzt noch trotz seiner mala fides gar kein obligatorisches Verhältniss gegenüber dem Kläger nachgewiesen werden kann. Allein hiegegen lässt sich Verschiedenes einwenden. Entscheidend ist folgender Umstand. Das Recht der hereditatis petitio wurde auch auf die rei vindicatio übertragen, Fr. 27. § 3. De rei vind. (VI. 1.) und was für diese gilt, das muss nothwendig bei der Pfandklage, einer abgeleiteten Eigenthumsklage, zur Anwendung kommen. Daher bleibt kein anderer Ausweg als die Annahme, dass Marcian ausschliesslich einen bonæ fidei possessor vor Augen hatte und den unredlichen Besitz völlig unberücksichtigt liess; aus welchem Grunde, darüber haben wir oben eine Vermuthung ausgesprochen. V. § 9. S. 155.

3. Zu VI. 4. S. 163—165.

Aus der Interpretation des pactum de vendendo floss die Theorie des Pfandverkaufs. Diese Behauptung ist an der angeführten Stelle in vielen einzelnen Folgen nachgewiesen worden. Eine derselben verdient besondere Hervorhebung. Unmittelbar nach dem Ablauf des Zahlungstages kann zum Verkauf geschritten werden. Eine vorläufige Interpellation des säumigen Schuldners wird nicht erfordert; die Voraussetzungen der mora finden bei dem Pfandverkauf keine Anwendung. Die Vorstellungen unserer Schriftsteller weichen von diesem Grundsatze in mehr als einer Beziehung ab. Darin liegt für mich die Aufforderung, hier noch weitere Beweise zusammen zu stellen.

Wir finden in unsern Rechtsquellen eine grössere Anzahl von Verträgen, welche den Eintritt gewisser Rechtsnachtheile von der Versäumniss einer versprochenen Leistung abhängig machen. Bald wird eine Geldstrafe, bald irgend ein anderes Recht des Schuldners verwirkt. Eine Geldstrafe: wenn z. B. die nicht rechtzeitige Zinszahlung einen erhöhten Zinsfuss zur Folge haben soll, ebenso wenn die verspätete Auszahlung der pecunia traiectitia den Schuldner zur Leistung eines Taggeldes für den Unterhalt des mitgesendeten Sklaven verpflichtet. Ein anderes Recht: so die Auflösung eines abgeschlossenen Kaufes in Folge der lex commissoria. Die Aehnlichkeit dieser Verkommnisse mit der Einräumung der Verkaufsbefugniss liegt auf der Hand. Der den säumigen Schuldner treffende Rechtsnachtheil ist zwar in jedem einzelnen Falle ein anderer, aber darauf kommt es nicht an. Genug, dass die Vorbedingung überall dieselbe ist, Nichterfüllung einer übernommenen Verbindlichkeit. In allen derartigen Fällen gilt nun dasselbe Interpretations-Princip, welches die römischen Juristen bei der Beurtheilung des Pfandverkaufs leitete; namentlich wird die Nothwendigkeit der Interpellation des säumigen Schuldners durchgehends in Abrede gestellt. Die deutlichsten Stellen werden hier folgen:

1. *pœna pecuniæ traiectitiæ.*

Africanus libro VII. quæstionum.

In Fr. 23. De obl. et act. (XLV. 1.)

Traiectitiæ pecuniæ nomine, si ad diem soluta non esset, pœna, uti adsolet, ob operas eius, qui eam pecuniam peteret, in stipulationem erat deducta; is, qui eam pecuniam petebat, parte exacta petere desierat, deinde interposito tempore interpellare instituerat. Consultus respondit: eius quoque temporis, quo interpellatus non esset, pœnam peti posse; *amplius etiam si omnino interpellatus non esset*; nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret, alioquin dicendum, et si is, qui interpellare cœpisset, valetudine impeditus interpellare desisset, pœnam non committi. De illo sane potest dubitari, si interpellatus ipse moram fecerit,

an, quamvis pecuniam postea offerat, nihilominus pœna committatur? Et hoc rectius dicitur. Nam et si arbiter ex compromisso pecuniam certo die dari iusserit, neque per eum, qui dare iussus sit, steterit, non committi pœnam respondit; adeo ut et illud Servius rectissime existimaverit, si quando dies, qua pecunia daretur, sententia arbitri comprehensa non esset, modicum spatium datum videri.[1]) Hoc idem dicendum, et cum quid ea lege venierit, ut, nisi ad diem pretium solutum fuerit, inemta res fiat.

Zu der Empfangnahme der pecunia traiectitia an dem Ort ihrer Bestimmung wurde gewöhnlich ein Sklave des Gläubigers miteingeschifft. Jede Verzögerung in der Auszahlung hatte nun für den creditor einen doppelten Nachtheil: er wurde um den Gebrauchswerth seines Geldes, überdiess um die entbehrten Dienste verkürzt. Um diese letztere Beeinträchtigung auszugleichen, war es Sitte geworden, dem Gläubiger für jeden Tag verspäteter Auszahlung ein bestimmtes Strafgeld zu versprechen. Die Stipulation, welche diesen Theil des Geschäfts betraf, enthielt dieselbe Bedingung, von welcher der Pfandverkauf abhängig war, die pecunia ad diem non soluta. In dem von African beurtheilten Fall war nun die Geldsumme nur theilweise rechtzeitig ausgezahlt worden. Der Sklave hatte darauf einige Zeit zugewartet, ohne zu mahnen, und erst interpellirt, als sich die Sache zu lange hinzog. Daraus ergab sich die Rechtsfrage: kann der Gläubiger das stipulirte Strafgeld erst von dem Tage der erfolgten Interpellation oder schon von dem contractsmässig festgesetzten Zahlungstag an verlangen? Die Antwort Africans lautet ganz entschieden. Auch diejenigen Taggelder sind verwirkt, welche auf die Zeit zwischen dem Zahlungstermin und der ergangenen Mahnung fallen. Ja auch ohne alle Mahnung könnte geklagt werden; denn der Schuldner wird überhaupt nur in *einem* Fall entgehen, dann nämlich, wenn der Grund der Zögerung in der Person des

---

[1]) Fr. 21. § 12. De rec. (IV. 8.)

Gläubigers liegt.[2]) Noch mehr. Selbst ein späteres Angebot wird nichts mehr nützen; denn ein solches kann die einmal eingetretene Bedingung nicht rückgängig machen. Licet postea offeratur, attamen semel commissa pœna non evanescit, quoniam semper verum est, intra Calendas datum non esse.[3]). — Eine gleich strenge Interpretation wird für die Conventionalpön beim compromissum, ebenso für die lex commissoria beim Kauf geltend gemacht. Die Versäumniss der Zahlungsfrist genügt in beiden Fällen; eine Mahnung ist nicht nöthig. Der Schuldner haftet ex solo tempore tardæ pretii solutionis.[4]) Nur die Weigerung der Annahme von Seite des Gläubigers, oder ähnliche in der Person des letztern liegende Hinderungsgründe begründen eine Entschuldigung.

2. *Die Strafe der Zinserhöhung.*

Paulus libro IV. responsorum.

In Fr. 12. De usuris (XXII. 1.)

Seia mutuam pecuniam accepit a Septicio; de usuris ita convenit, nisi sua quaque die usuræ suprascriptæ exsolverentur, vel post tertium mensem, tunc in maiores usuras Seia teneretur, et deinceps per singulas pensiones, si conditione data usuræ non solverentur, ea conditio observaretur, donec omnis summa debita hoc nomine exsolveretur. Quæro: an hæc verba «*et deinceps per singulas pensiones, si conditione data usuræ non solvantur, ea conditio observaretur,*» eo pertineant, ut *quamvis commissa sit forte prima stipulatio*, non tamen in ampliorem quantitatem usurarum conveniri possit, *quam eius pensionis nomine, quæ egressa sit diem præstitutum?* Paulus respondit: plures conditiones continere eam stipulationem, quæ de gravioribus usuris præstandis subiecta esset, id est ut *per singulas pensiones conditio inspectaretur non illatarum suis temporibus leviorum usurarum*, et ideo posse evitari pœnam sequentium pensionum.

Der Vertrag, mit dessen Interpretation Paulus sich

[2]) Fr. 8. De naut. fœn. (XXII. 2.) Fr. 8. De lege commiss. (XVIII. 3.)

[3]) Fr. 23. pr. De rec. (IV. 8.)

[4]) Dieser sehr bezeichnende Ausdruck findet sich in L. 3. C. in quib. caus. in int. rest. (II. 40.)

beschäftigt, knüpfte an die verspätete Zinszahlung die Strafe höherer Procente. Dabei entstand die Frage, ob die Versäumung des ersten Termins die festgesetzte Erhöhung auch für alle folgenden, oder nur für den schon verfallenen herbeiführe. Für beide Möglichkeiten war es durchaus unzweifelhaft, dass schon die einfache Versäumniss ohne alle Mahnung die festgesetzte Strafe zur Folge habe, dass also der Schuldner auch hier ex solo tempore tardæ solutionis hafte. Und darauf kommt es für uns allein an.

3. *Die lex commissoria beim Kauf.*

Ulpianus libro XXXII. ad edictum.

In Fr. 4. § 4. De lege comm. (XVIII. 3.)

Marcellus libro vigesimo dubitat, commissoria utrum tunc locum habeat, si interpellatus non solvat, an vero si non obtulerit? *Et magis arbitror, offerre eum debere, si vult se legis commissoriæ potestate solvere;* quodsi non habet, cui offerrat, posse esse securum.

Wir finden hier eine Bestätigung der von African in Fr. 23. De obl. et act. ausgesprochenen Ansicht. Das Recht des Verkäufers ist von der Interpellation völlig unabhängig. Zwar machte sich ein Zweifel geltend. Marcellus schwankte. Allein auch dieser Zweifel hält an dem Interpretationsprincip fest; ja er war selbst eine Folge desselben. Die commissoria lautete nämlich gewöhnlich so: si ad diem pecunia soluta non erit, fundus inemtus sit.[5]) Den Ausdruck *soluta* konnte man nun in doppelter Weise auffassen: entweder als gleichbedeutend mit *oblata*, oder im Gegensatz dazu. Jene erste Bedeutung verwarf die Interpellation, die zweite erforderte sie. Man blieb bei der erstern. Die blosse Nichtzahlung ohne vorgängige Mahnung galt als Erfüllung der Bedingung.

Das Interpretationsprincip, welches die classischen Juristen mit so viel Entschiedenheit durchführten, wurde in der Praxis der spätern Zeit häufig angefochten, und dadurch, wie es scheint, erschüttert. Justinian setzte es in einem besondern Gesetz wieder in seine alten Rechte ein.

[5]) Fr. 2. De leg. comm.

L. 12. C. de contrah. et committ. stip. (VIII. 37.)

Magnam legum veterum obscuritatem, quæ protrahendarum litium magnam occasionem usque adhuc præbebat, amputantes sancimus, ut, si quis certo tempore facturum se aliquid vel daturum stipuletur, vel quæ stipulator voluit promiserit, et adiecerit, quod si statuto tempore minime hæc perfecta fuerint, certam pœnam dabit, sciat minime se posse debitor ad evitandam pœnam adiicere, quod nullus eum admonuit, *sed etiam citra ullam admonitionem eidem pœnæ pro stipulationis tenore fiet obnoxius*, quum ea, quæ promisit, ipse in memoria sua servare non ab aliis sibi manifestari poscere debeat.

Die bisherige Darstellung hebt eine einzelne Folge der strengen Vertragsinterpretation, die Wirkung des blossen Zeitablaufs ohne Mahnung, hervor. Jetzt soll noch ein zweites Ergebniss derselben angedeutet werden. Der verabredete Rechtsnachtheil tritt immer ein, sobald nur der Gläubiger die Zahlung nicht selbst unmöglich machte. Der vollständigste Beweis hiefür liegt in dem oben erklärten Fragment aus Africans Quästionen. Auf den Grund der Nichtleistung kömmt gar nichts an. Der Verpflichtete kann von aller Schuld frei sein: der verabredete Rechtsnachtheil tritt dennoch ein. Im Einzelnen sind folgende Anwendungen besonders bezeichnend. Der zufällige Untergang der versprochenen species wird von der Leistung der versprochenen Pön nicht befreien.[6]) Das erblose Versterben des Schuldners nimmt dem Gläubiger seinen Anspruch auf die pœna pecuniæ traiectitiæ nicht.[7]) Dasselbe gilt für jede Conventionalpön.[8]) Alle diese Sätze finden auch auf die Verkaufsberedung beim Pfandrecht Anwendung. Es ist also völlig gleichgiltig, aus welchem Grunde die Zahlung unterblieb. Der Schuldner kann durch irgend ein unvorhergesehenes Ereigniss an der rechtzeitigen Leistung verhindert worden sein: die Veräusserung bleibt nichtsdestoweniger unanfechtbar. Noch mehr. Selbst wenn der Schuldner stirbt und die Verlassenschaft noch nicht

[6]) Fr. 8. De verb. obl. Vgl. Fr. 22. pr. Ad leg. aq. (IX. 2.)
[7]) Fr. 9. De naut. fœn. (XXII. 2.)
[8]) Fr. 77. De verb. obl.

angetreten ist, oder überhaupt keinen Erben findet, selbst da wird mit dem Ablauf des Zahlungstages zum Verkauf geschritten werden. Es ist nicht zu läugnen, dass die Veräusserungsbefugniss erst durch diese vollkommene Unabhängigkeit von jeder persönlichen Imputation ihre Bestimmung vollständig zu erfüllen vermag.

In einem Punkte wird jedoch die strenge wörtliche Interpretation verlassen. So lange nämlich noch nicht wirklich verkauft ist, so lange kann der Schuldner auch nach Ablauf des Zahlungstages durch Oblation der Schuldsumme sein Eigenthum erhalten, die Veräusserung dem Gläubiger unmöglich machen.[9]) Diess Recht ist gegen die Worte des Vertrags. Den Worten gemäss musste man sagen: licet postea offeratur, attamen semel commissa pœna non evanescit, quia semper verum est, intra Calendas datum non esse.[10]) Der Zweck des Pfandrechts erforderte jedoch die angeführte Modification. Selbstbefriedigung durch Verkauf ist ja immer nur ein Ersatz der freiwilligen Leistung, sie muss daher jeder, auch der verspäteten Zahlung weichen. — Aehnliche Modificationen finden sich übrigens auch sonst: insbesondere bei den prätorischen Processstipulationen und bei dem Versprechen der Compromittenten: arbitri sententiæ stari. Die Worte der Pönalstipulation werden auch hier durchgehends dem Zweck derselben untergeordnet; dieser aber ist nur auf die Ueberwindung des Ungehorsams gerichtet: schuldlose Versäumniss wird daher nicht gebüsst.[11]) — Man würde zu weit gehen, wollte man die angeführten Fälle als Ausnahmen von dem Interpretationsprincip auffassen. Die Interpretation ruht nämlich stets auf der Würdigung zweier Elemente, des Willens und seines Ausdrucks. Um beiden Rechnung zu tragen, muss zuweilen die äusserste Consequenz der Wortfassung preisgegeben werden. So in den

---

9) L. 2. C. debitor. vendit. pign. (VIII. 28.)

10) Fr. 23. pr. De rec. (IV. 8.)

11) Für das Compromiss: Fr. 21. § 9. De rec. (IV. 8.) Für die stipulationes prætoriæ, nämlich die iudicales und communes: Fr. 2. 4. Si quis caut. (II. 11.) Aber auch hier wird nur durch eine exceptio doli geholfen.

vorliegenden Fällen. Das Interpretationsprincip selbst bleibt auch bei diesem Verfahren in voller Anwendung.

4. Zu VI. § 11. S. 171—173.

Die strenge Interpretation des Verkaufsvertrags wurde in einem Falle verlassen. War nämlich der Betrag einer Rechnungsschuld streitig, so sollte der Gläubiger gehalten sein, die richterliche Vermittlung anzunehmen und mit seiner Veräusserung bis nach ergangenem Urtheil abzuwarten. Diess der Inhalt des vorstehenden Paragraphen. Die hier folgende Bemerkung soll den Umfang der aufgestellten Ausnahme näher angeben. Ich trage nämlich jetzt kein Bedenken, noch weiter zu gehen, als oben geschah. Der Grundsatz lässt sich folgendermaassen formuliren:

So oft der Schuldner bei irgend einem Rechtsverhältniss aus haltbaren Gründen, nicht aus blosser Willkühr und Chikane, richterliche Entscheidung anruft, so oft muss mit dem Pfandverkauf abgewartet werden, ohne Rücksicht darauf, wer am Ende Recht behält.

Der in L. 5. C. de distractione pignorum entschiedene Fall enthält nur eine einzelne Anwendung des aufgestellten Princips; das Princip selbst reicht viel weiter. Verwickelte Rechnungsverhältnisse rechtfertigen gar oft die Processführung. Dann aber ist es nicht das Rechnungsverhältniss als solches, sondern der mit demselben verbundene entschuldbare Zweifel, welcher die Begünstigung in Anspruch nehmen kann. Wo daher immer eine gleich entschuldbare Ungewissheit zu Tage kommt, da ist auch dasselbe Privilegium begründet; die Natur der Forderung und die Veranlassung der Ungewissheit ist dabei ganz gleichgiltig.

Dasselbe Princip wird von den römischen Juristen bei der Beurtheilung der mora zur Anwendung gebracht, am deulichsten in folgenden Fragmenten:

Iulianus libro XVII. digestorum.

In Fr. 63. De reg. iur. (L. 17.)

Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere.

Paulus libro XXXVII. ad edictum.

In Fr. 24. pr. De usuris. (XXII. 1.)

Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram, utique si iuste ad iudicium provocavit. [1])

Der entschuldbare Rechtsstreit gilt also nicht als mora. Wie liesse er sich mit dem Pfandverkauf reimen? Mora und Pfandverkauf sind in ihren Voraussetzungen allerdings verschieden: jene verlangt regelmässig Interpellation, dieser Ablauf des Zahlungstermins ohne Mahnung, aber diese Ungleichheit nimmt unserer Zusammenstellung nichts von ihrem Werth. Sie bezieht sich auf die Folge der Nichtzahlung, und wenn der Eintritt derselben in dem einen Fall durch entschuldbare Processführung abgewendet wird, so ist dasselbe auch in dem andern gerechtfertigt.

Die Entschuldbarkeit der Processführung ist eine Frage, welche der richterlichen Beurtheilung überlassen werden muss. Durchgreifende Grundsätze lassen sich nicht aufstellen. Nur etwa Folgendes kann auf einen gewissen Grad der Allgemeingiltigkeit Anspruch machen. Wer sich selbst verpflichtet, muss sich seiner Verbindlichkeit erinnern. Die Einleitung eines Rechtsstreites über diese Frage ist nie zu entschuldigen. Anders wenn die Verbindlichkeit in der Person des Erblassers entstand, oder als accessorische zu der Hauptverbindlichkeit einer dritten Person hinzutritt. Von solchen Schuldnern heisst es: iustam habent causam ignorantiæ, an id quod peteretur, deberetur.[2]) Jedoch ist auch diese Entschuldigung immer nur als Ausnahme anzusehen. — Die Vertheidigung durch Exception kann in gutem Glauben geschehen,[3]) und auch dann ist die Processführung gerechtfertigt, der Pfandverkauf also aufzuschieben. —

---

[1]) Fr. 47. De usuris (XXII. 1.) Fr. 82. § 1. De verb. obl. (XLV. 1.) Vgl. v. Savigny, System. VI. S. 82. d.

[2]) Fr. 42. De reg. iur. (L. 17.)

[3]) Fr. 21. 22. De usuris. (XXII. 1.)

Schon aus diesen wenigen Andeutungen ergibt sich zur Genüge, dass die strenge Regel des sofortigen Verkaufs nur in einem engen Kreise von Fällen sichere Anwendung behielt und eben desshalb viel von ihrer Härte verlor.

5. Zu VIII. n. 6. S. 214—216.

Bei der Darstellung des fructus maiores wurden zwei Stellen aus der lex romana burgundionum (t. VIII. XXXV.) unbeachtet gelassen. Neues enthalten sie nicht. Vgl. über diesen Gegenstand auch Heimbach, die Lehre von der Frucht. S. 163—166.

6. Zu XVI. § 5. n. 6. S. 494.

Fr. 15. § 2. De pign. et hyp. ist neuerlich der Gegenstand verschiedener kritischer Bemühungen geworden; in der zweiten Hälfte der Stelle wurden mehrere Abänderungen vorgeschlagen.

In der Gebauer-Spangenbergschen Ausgabe lautet der Text so:

De quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si et conveniat: an et si simpliciter convenerit de eo, quod excedit, ut sit hypothecæ? Et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata. An adhuc pars? sed illud magis est, quod prius diximus.

Schilling, animadversionum criticarum ad diversos iuris iustinianei locos specimen III., liest folgendermassen:

De quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si *expressim* conveniat, an et si simpliciter convenerit de eo, quod excedit, ut sit hypothecæ, et solida res inesse conventioni *videatur*, quum a primo creditore fuerit liberata, an adhuc pars? Sed illud magis est, quod prius diximus.

Eichstädt, annotatio critica ad nonnullos iuris iustinianei locos a F. A. Schillingio nuper tractatos, ändert die Anfangsworte:

De quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, *et si simpliciter convenerit de eo* etc.

Der Sinn erleidet durch keine dieser verschiedenen Lesarten die mindeste Abänderung. Aber auch der sprachliche

Zusammenhang erfordert nur eine kleine Verbesserung. Statt *videtur* ist *videatur* zu lesen, denn diess verbum wird mit habeat von videndum regiert. Die Aenderung des *et* in *expressim* ist unnöthig, und die Auslassung dieses ganzen Satztheils, wie sie Eichstädt vorschlägt, durch Nichts gerechtfertigt.

7. Zu XVI. § 8. S. 500—504.

In dem vorstehenden § 8. wurden zwei Arten der Oblation unterschieden: die mit der successio in locum verbundene des zweiten Gläubigers an den ersten, und die gegen die Pfandklage oder Pfandexception gerichtete. Unter den Verschiedenheiten beider tritt ein Punkt besonders hervor: Zu der Vereitlung der Pfandklage genügt die einfache Oblation, die successio in locum dagegen verlangt überdiess noch Versiegelung und Deposition der angebotenen Geldsumme. Der Grund dieser ungleichen Behandlung liegt nicht etwa in einem Act gesetzgeberischer Willkür, sondern vielmehr in der rechtlichen Natur der beiden Oblationsarten: das Angebot gegen die Klage wird nach den Worten der Klagformel beurtheilt, und diese verlangt weder Versiegelung noch Deposition. Die successio in locum prioris dagegen ist von der Befriedigung des dimissus abhängig, diese aber erfordert mehr als die Klage, nämlich Versiegelung und Deposition der nicht angenommenen Geldsumme. Wir wollen hier für Beides noch einige nachträgliche Beweise zusammenstellen.

1. Versiegelung und Deposition der angebotenen aber zurückgewiesenen Geldsumme befreit den Schuldner.

Die Nichtannahme einer Quantität konnte für den Schuldner von den bedenklichsten Folgen sein. Die Gefahr des Verlustes ruhte allein auf ihm. Dem Gläubiger blieb seine Forderung nach wie vor. Eine Tilgung derselben durch den Untergang des geforderten Gegenstandes ist nur bei individuell bestimmten Sachen möglich, bei Quantitäten niemals. Dieser unbilligen Belästigung konnte jedoch durch ein sehr einfaches Mittel gesteuert werden, durch die Individualisirung der Quantität. Der Schuldner musste aus dem ganzen Vorrath seines übrigen Ver-

mögens die geschuldete Summe aussondern, sie in einem besondern Behälter, einer Kiste, einem Sack, einschliessen, und diesen mit seinem Siegel verwahren. Das Geld lag von nun an nicht mehr auf seine, sondern auf des säumigen Gläubigers Gefahr. Der unverschuldete Untergang tilgte die Forderung, nicht anders als diess bei einer individuell bestimmten Sache der Fall war.[1]) Noch mehr. Der Zinsenlauf wird durch die Versiegelung unterbrochen; denn der Schuldner hat den Gebrauch des fremden Geldes aufgegeben.[2]) Die Pfänder sind gelöst,[3]) das Verkaufsrecht aufgehoben,[4]) die actio pignoraticia in personam begründet;[5]) denn die Nichtzahlung hat in der Weigerung des Gläubigers ihren Grund. Die Forderung selbst ist aber noch nicht getilgt; der Gläubiger kann sie zu jeder Zeit geltend machen, der Schuldner die Leistung ohne Nachtheil nicht verweigern. Hierin nun brachte die spätere Kaiserzeit eine Aenderung. Die Verwahrung im eigenen Hause, welche bisher als genügend erachtet worden war,[6]) musste jetzt der depositio in publico, d. h. wo möglich in Kirchen, sonst nach der Weisung des Richters, weichen.[7]) Von nun an war der Schuldner gänzlich befreit. Nicht nur, dass er, wie bisher, dem periculum entgieng, den Zinsenlauf unterbrach, seine

---

1) Fr. 72. pr. De sol. et lib. (XLVI. 3.) Et sane si servus erat in dote, eumque obtulit maritus, et is servus decessit, aut nummos obtulit, eosque non accipiente muliere perdidit, *ipso iure* desinet teneri. Im Anfang desselben Fr. 72. ist von einer exceptio doli die Rede, ebenso in Fr. 73. § 2. De verb. obl. (XLV. 1.) Hier war jedoch der Schuldner selbst zuerst in mora. Endlich wird in Fr. 30. De sol. et lib. von einer denegatio actionis gesprochen: si debitor offerret pecuniam, quæ peteretur, creditor nollet excipere, prætor ei denegat actiones. Allein diese Stelle setzt gerichtliche Einforderung der Schuld voraus. Wenn der Kläger die Zahlung nicht annimmt, so ertheilt der prætor kein iudicium. Die Forderung selbst ist damit noch nicht erloschen. — L. 19. C. de usur. (IV. 32.) — periculo debitor liberabitur —.

2) L. 6. 19. C. de usur. Fr. 7. De usur. (XXII. 1.)

3) L. 19. C. de usur.

4) L. 2. C. debitor. vendit. pign. (VIII. 28.)

5) L. 10. 12. C. de pignor. act. (IV. 24.)

6) Diess ergibt sich besonders aus Fr. 8. De lege comm. (XVIII. 3.) Fr. 7. De usur. (XXII. 1.)

7) L. 19. C. de usur. Von Kaiser Philippus.

Pfänder löste: er war jetzt auch gegen die Schuldklage selbst geschützt. Der Gläubiger sah sich an den depositarius gewiesen, gegen diesen musste er mit der actio utilis depositi oder mit der utilis vindicatio auftreten;[8]) gegen den ursprünglichen Schuldner hatte er alles Recht verloren. Ja selbst wenn die deponirte Summe von dem Deponenten wieder zurückgefordert wurde, so konnte die alte Schuldklage nicht mehr in directer, sondern nur in utiler Fassung hergestellt werden, und dasselbe gilt von der Pfandklage.[9]) Jetzt erst konnte die obsignatio et depositio pecuniæ als vollständige Liberation des Schuldners angesehen werden, und diese Folge wird denn auch von den Kaisern Diocletian und Maximian in L. 9. C. de sol. et lib. (VIII. 42.) ausdrücklich bestätigt.

2. Die Pfandklage wird durch einfache Oblation der Schuldsumme ohne Versiegelung und Deposition abgewiesen.

Einen Zweifel an der Richtigkeit dieses Satzes könnte die schon mehrfach benützte L. 19 C. de usuris erregen: Sie lautet:

Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditoribus post contestationem offeras: at si non suscipiant, consignatam in publico depone, ut cursus legitimarum usurarum inhibeatur: in hoc autem casu publicum intelligi oportet vel sacratissimas ædes, vel ubi competens iudex super ea re aditus deponi eas disposuerit: quo subsecuto, etiam periculo debitor liberabitur, et ius pignorum tolletur, cum serviana etiam actio manifeste declaret, pignoris inhiberi persecutionem vel solutis pecuniis, vel si per creditorem steterit, quo minus solvantur. Quod etiam in traiectitiis servari oportet. Creditori scilicet actione utili ad exactionem earum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed contra depositarium vel ipsas competente pecunias.

Im Anfang dieses Rescriptes wird die Deposition anbefohlen und als eine ihrer Wirkungen die Vereitelung der Pfand-

---

8) L. 19. C. c. in fine.
9) L. 19. C. c.

klage, also die Tilgung des Pfandrechts, namhaft gemacht. Dadurch scheint unsere Behauptung geradezu widerlegt. Man müsste alsdann einen Widerspruch zwischen dem papinianischen Fr. 11. § 4. Qui potiores und dem kaiserlichen Rescript annehmen. Ein solcher besteht jedoch nicht. Er bestände nur dann, wenn der Kaiser den Zusammenhang zwischen der Deposition und der Vereitelung der Pfandklage als einen nothwendigen, ausschliesslichen darstellte, wenn er also die Abwendung der Klage nicht nur als eine Folge der Deposition bezeichnete, sondern zugleich dieselbe Folge für alle übrigen Fälle ausser der Deposition in Abrede stellte. Diese weiter gehende zweite Behauptung ist aber unserm Rescript entschieden fremd. Nur die erste liegt in demselben. Die Deposition der nicht angenommenen Schuldsumme, sagt der Kaiser, macht die Pfandklage undurchführbar, denn sie enthält eine Liberation des Schuldners. Dasselbe aber, fügen wir bei, kann auch ohne Liberation geschehen, und geschieht in der That so oft, als der Gläubiger die Zahlungsannahme weigert; denn diese genügt der Klagformel, wie Papinian in Fr. 11. § 4. D. c. ausdrücklich hervorhebt. Die Pfandklage wird also undurchführbar, das Pfandrecht mithin getilgt, während die persönliche Forderung fortbesteht, weil diese nur durch Versiegelung und Deposition herbeigeführt werden kann.

8. Zu XVII. § 19. S. 593—595.

Modestinus libro IV. regularum.

In Fr. 40. De usuris. (XXII. 1.)

In eum diem, quo creditor pignora distraxit, recte usuræ fiet reputatio.[1])

Diese Stelle hat keinen Bezug auf das Zinsenpfandrecht, welches in dem vorstehenden § 19. entwickelt ist, und widerspricht daher auch dem dort aufgestellten Grundsatz durchaus nicht. Dagegen liegt folgende wichtige Bestimmung in demselben:

[1]) Haloander: computatio.

Der Pfandverkauf beendigt den Zinsenlauf.

Die Bestimmtheit, womit diese Folge ausgesprochen wird, berechtigt uns zu der Annahme, dass nicht erst die Auszahlung des Kaufpreises, sondern schon der Abschluss des Kaufvertrags die Sistirung der Zinspflicht herbeiführt, und dass diese für den ganzen Umfang der persönlichen Verpflichtung eintritt, keineswegs nur bis zum Betrag des Kaufpreises. Ueber den Rechtsgrund dieser Regel wage ich keine bestimmte Behauptung.

Inhalt.

I.

Das älteste Pfandrecht.

Gegensatz von Eigenthums- und Besitzespfand § 1. — Die fiducia, ihre Vorzüge, ihre Mängel, ihre spätere Umgestaltung § 2. — Das pignus auf dem Gebiet des öffentlichen und des Privatrechts § 3. — Das pignus, verbunden mit der Tradition des Besitzes, und ohne dieselbe als vertragsmässiges Besitzespfand § 4. — Das vertragsmässige pignus an den invecta et illata des Pächters § 5. — Rechtsschutz desselben § 6. — Das salvianische Interdict, seine Fassung, seine Theorie § 7. — Das vertragsmässige pignus zur Sicherung des Darlehns § 8. — Zur Sicherung des Miethzinses; die Perclusion, das interdictum de migrando § 9. — Resultate des Abschnittes, das Bild des ältesten Pfandrechts § 10.

II.

Die serviana, quasi-serviana und pignoraticia in rem actio.

Aufstellung einer Pfandvindication § 1. — Feststellung der Quellen-Terminologie § 2. — Die Pfandklage ist eine abgeleitete Eigenthumsklage §§ 3—5. — Rechtfertigung der fiducia-Fiction für die serviana § 6. — Die quasi-serviana, Bedeutung derselben für die Entwicklung des Besitzpfandes § 7. — Abstreifung der fiducia-Fiction, Aufstellung einer formula in factum. Beweise § 8. — Die einzelnen Thatsachen, deren Beweis die pignoraticia in rem actio verlangt. Zuerst: der Pfandvertrag § 9. — Zweitens: Fortbestehen des Schuldverhältnisses § 10. — Drittens: in bonis des Verpfän-

ders zur Zeit des Pfandvertrages. Formelfassung § 11. — Meinungen anderer Schriftsteller. Huschke § 12. — Rudorff § 13. — Vorzüge der pignoraticia in rem actio vor der alten serviana. Erstens: die Unabhängigkeit derselben von dem Eigenthumswechsel der Pfandsache, selbst dem durch Usucapion § 14. — Anwendung dieses Grundsatzes auf die Verpfändung künftiger Sachen § 15. — Zweitens: das in bonis des Verpfänders genügt. Wirkung der blossen bonæ fidei possessio des Schuldners. Unterschied der bonitarischen und der publicianischen Pfandklage § 16. — Drittens: Tilgung der Forderung durch solutio naturalis und civilis § 17. — Rechtfertigung des Ausdrucks satisdatum, Verwerfung von satisfactum § 18. — Viertens: das doppelte arbitrium des Richters auf Zahlung oder Restitution der Pfandsache § 19. — Unabhängigkeit der Pfandklage von der bona oder mala fides des Pfandgläubigers. Umfang ihrer Anwendung § 20.

III.

Bedeutung der Pfandklage für die Theorie des Pfandrechts.

Verhältniss der Pfandklage zu dem Begriff des Pfandrechts als ius in re § 1. — Die Pfandklage allein entscheidet über die Fortdauer des Pfandrechts. Pfandrecht an der eigenen Sache. Erklärung des Fr. 30. § 1. De exc. rei iud. (XLIV. 3.) Ansichten anderer Schriftsteller § 2. — Fälle, in welchen Eigenthums- und Pfandklage neben einander zugelassen werden § 3.

IV.

Verschiedene Behandlung des Pfandrechts und der übrigen iura in re.

Die rechtliche Natur der Personal- und Realservituten und Verschiedenheit beider von dem Pfandrecht § 1. — Nachgewiesen I. *an den Verhältnissen der operis novi nuntiatio* §§ 2—5. — Berechtigung des Fructuars und des Pfandgläubigers zu der O. N. N. § 2. — Insbesondere über das Recht des Pfandgläubigers § 3. — Berechtigung der Inhaber eines ager vectigalis, einer superficies und eines Provincial-Grundstückes § 4. — Ausdehnung des Rechtsmittels in der Person des Fructuars und des Pfandgläubigers § 5. — II. Nachgewiesen *in der Lehre von der damni infecti cautio* §§ 6—13. — Berechtigung zu der damni infecti cautio. Eigenthümer. Fructuar. Inhaber der Realservitut. Pfandgläubiger. Ob auch der bonæ fidei

possessor? § 6. — Berechtigung derer, quorum periculo res est § 7. — Die Cautionspflicht ruht auf dem Eigenthümer § 8. — Ebenso auf dem Fructuar; Verhältniss von Eigenthümer und Fructuar untereinander § 9. — Nicht auf dem Inhaber einer Prädialservitut § 10. — Dagegen auf dem Pfandgläubiger § 11. — Erklärung des von African in Fr. 44. § 1. De damno inf. (XXXIX. 2.) und von Ulpian in Fr. 15. § 25. D. eod. entschiedenen Falles § 12. — Art der Cautionsleistung § 13. — III. Nachgewiesen *in den Verhältnissen der Erben zu dem Vermächtnissnehmer* §§ 14—18. — Der Erbe hat dem Vermächtnissnehmer die Sache frei von dem usus-fructus zu leisten, die Prädialservituten braucht er nicht abzukaufen § 14. — Die verpfändete Sache wird wie die res aliena behandelt. Darstellung des legatum rei alienæ § 15. — Das legatum der einem Dritten verpfändeten Sache § 16. — Das Legat einer dem Legatar, ebenso einer dem Erben verpfändeten Sache § 17. — Welche Sachenrechte bringen das Legat einer dem Honorirten gehörenden Sache zur Geltung? Meinungsverschiedenheit zwischen Papinian einerseits, Julian und Ulpian andererseits über die Behandlung des Pfandrechts und der Emphyteuse § 18.

V.

Die mit dem Besitzpfand verbundenen materiellen Befugnisse, insbesondere der Fruchtgenuss.

Gegensatz der rechtlichen Persecution und des materiellen Pfandinhalts. Der Fruchtgenuss in früherer Zeit Ersatz der Verkaufsbefugniss § 1. — Rechtliche Natur des Pfandbesitzes § 2. — Fruchterwerb des Pfandbesitzers. Beurtheilung desselben nach den Regeln der bonæ fidei possessio § 3. — Pfandrecht des Gläubigers an dem partus ancillæ pignoratæ, Vereinigung von Paulus R. S. l. II. t. 5. § 2. und L. 1. C. de partu pign. et omni causa (VIII. 25.) § 4. — Fruchterwerb nach erfolgter Tilgung der Pfandschuld. § 5. — Verschiedene Arten, in welchen der Gläubiger den Fruchtertrag beziehen kann, insbesondere von der Verpachtung an den Schuldner. Constitutum possessorium § 6. — Anwendung der aufgestellten Grundsätze auf anderweitige Nutzungen ausser dem Bezug der natürlichen Früchte § 7. — Bestimmung des Fruchtertrags zur Tilgung der Pfandschuld. Regeln, nach welchen die Abrechnung Statt findet. Begünstigung unverzinslicher Schulden. Besondere Verträge über eine anderweitige Bestimmung des Fruchtertrags. Verpflichtung des Gläubigers zum Fruchterwerb § 8. —

Besondere Verpfändung der Erzeugnisse noch neben jener der Hauptsache. Stillschweigende Ergänzung derselben in Betreff der Früchte eines Grundstücks. Wichtigkeit dieses Pfandertrags gegenüber dem Eigenthumserwerb des besitzenden Pfandgläubigers § 9. — Die Früchte als Bestandtheil der omnis causa bei der hypothecarischen Vindication § 10. — Resultate des Abschnittes § 11.

VI.

Geschichte des Pfandverkaufs.

Wichtigkeit der Verkaufsbefugniss für die Entwicklung des Besitzpfandes. Annäherung des pignus an die fiducia § 1. — Hauptstellen über den ausdrücklichen Verkaufsvertrag. Gaius II. §§ 62. 64. Fr. 14. § 5. De div. temp. præscr. (XLIV. 3.) § 2. — Abfassung des pactum de vendendo. Uebergang auf den successor. Erklärung des Fr. 8. § 4. De pign. act. (XIII. 7.) und Fr. 3. Quæ res pign. § 3. — Interpretation des pactum de vendendo die Grundlage der Theorie des Pfandverkaufs. Einzelne Stellen, in welchen das Princip der Interpretation besonders hervortritt Fr. 8. § 3. De pign. act. (XIII. 7.) § 4. — Fr. 4. De distr. pign. § 5. — L. 4. C. de pign. act. (IV. 24.) Anwendung der pignoraticia in personam directa auf die Rückforderung des Ueberschusses aus dem Pfanderlös § 6. — Fr. 8. § 5. De pign. act. (XIII. 7.) Ausdehnung der Verkaufsbefugniss auf Zinsen und Auslagen § 7. — L. 10. C. de distract. pign. Fr. 12. De distr. pign. Unfähigkeit des Gläubigers, das Pfand selbst zu erstehen. Begränzung dieses Satzes § 8. — L. 3. § 1. C. de iure dom. impetr. (VIII. 34.) § 9. — Strafe des Pfandverkaufs ohne Verkaufsvertrag § 10. — Ausnahme von dem Princip der Interpretation bei zusammengesetzten Rechnungsschulden L. 5. C. de distr. pign. § 11. — Stillschweigende Ergänzung des Verkaufsvertrags § 12. — Beurtheilung solcher Ausnahmefälle § 13. — Vorzüge der ausdrücklichen Verkaufsclausel vor dem gemeinrechtlichen Pfandverkauf, insbesondere von der Nothwendigkeit dreimaliger Denuntiation in allen Fällen des gemeinrechtlichen Pfandverkaufs. Die Fiducirung ersetzt den Verkaufsvertrag § 14. — Vereinigung der L. 10. C. de pign. et hypoth. mit dem gewonnenen Resultat § 15. — Neuestes Recht. L. 3. § 1. C. de iure dom. impetr. (VIII. 34.) § 16. — Die Einzelnheiten des Rechts der Denuntiation § 17. — Die Proscription des zu verkaufenden Pfandes. Die Folgen ihrer Unterlassung § 18. — Ueber das pactum, ne distrahere liceat. Eben so über theilweise Be-

schränkungen des Verkaufsrechts nach Ort und Preis. Erklärung des Fr. 5. De pign. act. § 19. — Möglichkeit der Beschränkung des Verkaufsrechts nach der Zeit § 20.

VII.

Die rechtliche Selbstständigkeit des Verkaufsvertrags.

Die Einräumung der Verkaufsbefugniss ist kein Mandat, sondern ein eigenes selbstständiges Geschäft. Beweise. Fr. 42. De pign. act. § 1. — Gaius II. §§ 62. 64. § 2. — Erklärung des Fr. 29. Fam. erc. (X. 2.) Die Grundsätze der Pfandadjudication unter Miterben. Beschränkung der Mandats-Analogie auf diess einzelne Verhältniss § 3. — Unabhängigkeit der Verkaufsbefugniss von der Veräusserung des Verpfänders. Erklärung dieser Erscheinung § 4. — Die Verkaufsbefugniss führt zu der Auffassung des Pfandrechts als ius in re § 5.

VIII.

Die Einräumung des Verkaufsrechts von Seite eines bonae fidei possessor und eines praedo.

Unterschied zwischen dem Pfandverkauf und dem durch die Verpfändung äusserlich veranlassten Verkauf. Ergebnisse dieses Unterschiedes für die Beurtheilung der vorliegenden Frage. Erklärung des Fr. 12. § 1. De distr. pign.

IX.

Die praediatura.

Zusammenstellung der alten Zeugnisse über die Prädiatur. Ihr Inhalt § 1. — Unmittelbares Verkaufsrecht des Aerars an der Person und dem Vermögen seiner Schuldner § 2. — Ebenso an der Person und dem Vermögen des praes § 3. — Obligatio die ursprüngliche technische Bezeichnung dieser Verhaftung der Person § 4. — Unterschied zwischen bona praedia und praedia. Rechtliche Bedeutung der Subsignation § 5. — Obligatio auch für die Verhaftung des Vermögens eines Staatsschuldners gebraucht § 6. — Verschiedenheit der staatsrechtlichen obligatio bonorum von dem privatrechtlichen pignus. Allmählige Generalisirung beider Ausdrücke § 7. — Fälle in welchen obligatio in ähnlicher Weise den Zustand der Gebun-

denheit einer Sache ausdrückt § 8. — Beispiel eines dinglichen Forderungsrechtes. Die obligatio prædiorum alimentaria. Erklärung von Plinius ep. VII. 18. § 9. — Spätere Fortbildung des Rechts der Prädiatur. Verkauf des Vermögens ohne den der Person § 10.

X.

Die fiscalische obligatio bonorum.

Die Uebertragung der obligatio bonorum von dem saturnischen Aerar auf die kaiserliche Kriegskasse. Fragmentum de iure fisci. § 5. § 1. — Spätere Geschichte des fiscalischen Pfandes. Zusammenstellung der wichtigsten Zeugnisse. Zuerst die Klasse derjenigen, welche kein Pfandrecht des fiscus anerkennen. Edict des Tiberius Iulius Alexander, Präfect von Aegypten. Bestimmungen über das Dotalgut § 2. — Fr. 21. pr. Qui pot. Fr. 10. pr. De pactis. (II. 14.) Fr. 205. De reg. iur. (L. 17.) L. un. C. rem alien. ger. (IV. 53.) L. 1. C. de iure fisci. (X. 1.) Darlehnsforderungen und Schulden aus der Verwaltung § 3. — Zweitens die Klasse derjenigen, welche ein theilweises Pfandrecht anerkennen. Fr. 47. pr. De iure fisci. (XLIX. 14.) Fr. 68. § 1. De fidei. et mandat. (XLVI. 1.) L. 3. C. de privil. fisci. (VII. 73.) Fr. 5. §§ 10. 11. De iure immun. (L. 6.) Forderungen aus dem Zollpacht § 4. — Drittens die Klasse derjenigen, welche für alle Contractsforderungen des fiscus ein stillschweigendes Generalpfand annehmen. L. 2. C. in quib. caus. pign. tac. (VIII. 15.) Fr. 46. § 3. De iure fisci. (XLIX. 14.) Vereinigung dieser drei Klassen von Zeugnissen § 5. — Ausdehnung des fiscalischen Pfandrechts auf die ratio Cæsaris et Augustæ § 6. — Auf das tributum, d. h. die Grund- und die Kopfsteuer. Für die Grundsteuer darf neben dem Generalpfandrecht nicht auch noch ein specielles an dem rückständigen Grundstück angenommen werden § 7. — Pfandrecht des fiscus für die in Naturalleistungen bestehenden Abgaben. Occupationsrecht des fiscus. Gesetzliche Bestimmungen über den Verkauf der occupirten Pfänder § 8. — Zusammenstellung der Hauptmomente in der Geschichte des fiscalischen Pfandrechts § 9. — Das System der staatsrechtlichen obligatio bonorum im Gegensatz zu dem privatrechtlichen pignus. Verschmelzung beider § 10. — Die eigenthümliche Natur des fiscalischen Pfandrechts zeigt sich noch in der Datirung desselben. Erklärung des Fr. 28. De iure fisci. (XLIX. 14.) § 11.

XI.

Die obligatio bonorum auf dem Gebiet der Privatforderungen.

Einzelne Privatforderungen werden zu dem Rang öffentlicher erhoben und mit der fiscalischen obligatio bonorum ausgerüstet. Erstens: die Ansprüche der Bevormundeten aus der Vormundschaft gegen ihre Tutoren und Curatoren. Pfandrecht derselben an den einzelnen mit ihrem Geld erkauften Sachen § 1. — *Zweitens*: die Ansprüche der Kinder einer frühern Ehe an ihre zur Wiederverehelichung schreitenden Eltern, so wie einzelne Forderungen der Eltern gegeneinander § 2. — Verwandtschaft der gesetzlichen obligatio bonorum mit dem stillschweigenden Conventionalpfand § 3.

XII.

Die Fälle des Pfandrechts ohne Verkauf.

I. Das Pfandrecht an dem redemtus.

Der Zustand des liber homo redemtus § 1. — Derjenige des servus alienus redemtus § 2. — Aehnlichkeit beider § 3. — Beantwortung einiger besonderer Fragen aus dem Recht der redemtio servi alieni §§ 4. 5. — Zustand der von der losgekauften Sklavinn vor der Luition bei dem redemtor gebornen, ebenso der mit der Mutter heimgekauften Kinder § 6.

XIII.

Die Fälle des Pfandrechts ohne Verkauf.

II. Die prätorischen Missionen.

Verhältniss des Pfandrechtsbegriffs zu den prätorischen Missionen § 1. — Uebersicht der einzelnen Missionsfälle § 2. — A. DIE MISSIO REI SERVANDÆ CAUSA. Einführung derselben. Die drei Fälle des Edicts. Ein vierter Fall, die Abwesenheit ohne Vertheidigung, eine Erweiterung des Edicts § 3. — Abweichende Ansicht, welche die Abwesenheit ohne Vertheidigung zu einer vierten Edictsklausel erheben will. Prüfung ihrer Beweise: Cicero pro Quinctio C. 19. § 4. — Gaius III. § 78 und andere Stellen § 5. — Fälle der schuldlosen Abwesenheit ohne Vertheidigung. Mildere Behandlung derselben § 6. — Ausdehnung der Mission auf den Unge-

horsam eines gegenwärtigen Schuldners § 7. — Einzelne Fälle: Weigerung der Einlassung § 8. — Versäumniss des abgeschlossenen vadimonium. Früheres und späteres Recht § 9. — Weigerung der gehörigen Uebernahme des iudicium § 10. — Nichterfüllung des Urtheils. Resultat: Die Mission wegen latitatio fraudationis causa bildet jetzt das allgemeine Contumacialverfahren für alle Stadien des Processes § 11. — Schicksal der beiden übrigen Edictsklauseln § 12. — Das Verfahren im Einzelnen § 13. — Verhältniss der Mission zu der civilen Urtheilsexecution. Grundidee der Mission § 14. — Spätere Abweichungen von dem ursprünglichen Gesichtspunkt: Einzelverkauf statt der Veräusserung des ganzen Vermögens; Besitzübertragung an einzelnen Sachen statt der Mission in das ganze Vermögen; Trennung von possessio und venditio §. 15. — B. DIE MISSIONEN DER VERMÆCHTNISSNEHMER. Die rechtliche Natur der prätorischen Stipulationen und die Zwangsmittel zum Abschluss derselben § 16. — Inhalt des Edicts über die cautio legatorum servandorum § 17. — Die Cautionspflicht. Ihre verschiedenen Voraussetzungen § 18. — Ihr Beginn § 19. — Die Verpflichtung des heres substitutus. Unabhängigkeit der Cautionspflicht von dem Besitz der Erbschaft § 20. — Die zu der Caution berechtigten Personen § 21. — Die zu der Caution berechtigenden Verzögerungsgründe: Bedingung. Zeitbestimmung. Klage § 22. — Appellation § 23. — Einwendungen des Onerirten. Summarische Cognition des Magistrats § 24. — Die Art der Sicherheitsleistung: eine durch Bürgen oder Pfänder bestärkte Repromission zunächst für die Leistung des Vermächtnisses, nebenher für Vermeidung aller Gefährde. Die rechtliche Natur dieser Repromission § 25. — Die Formel der Repromission im Einzelnen § 26. — Verhältniss der Repromission zu der Klage aus dem letzten Willen §§ 27. 28. — Weitere Beispiele der Cumulation zweier Klagrechte desselben Inhalts § 29. — Die doli clausula § 30. — Die Mission gegen den ungehorsamen Erben. Ihre Aehnlichkeit, ihre Verschiedenheit von der missio rei servandæ § 31. — Die Zwangsmittel gegen den mit einem Fideicommiss belasteten Legatar § 32. — Abänderung des dargestellten Rechts durch kaiserliche Rescripte: Erstens das System gegenseitiger Cautionen für den Fall der Appellation des Erben § 33. — Zweitens die antoninianische Mission §§ 34. 35. — Widerlegung der gemeinen Meinung über die Bestimmung dieses Rechtsmittels § 36. — Letzte Ausdehnung der Mission zur Sicherung des Legatars gegen das tempus iudicati des verurtheilten Erben § 37. — Die Anwendung der missio legatorum als Surrogat der Vindication einer dem Erblasser zugehörenden Legatssache § 38. — Ebenso als

Surrogat der hypothekarischen Klage bei dem testamentarischen Pfand § 39. — Die Gesetzgebung Justinians. Aufhebung der missio legatorum in ihrer Anwendung als Vindication des Vermächtnisses. L. 1. C. comm. de leg. (VI. 43.) § 40. — C. DIE ZUM SCHUTZ DES ERBRECHTS EINGEFÜHRTEN MISSIONEN. Die alte Rechtsansicht über die Succession der Kinder § 41. — Die bonorum possessio contra tabulas und ihr Schutz während der Schwangerschaft der Mutter und während der Unmündigkeit des Kindes § 42. — Missio in possessionem ventris nomine. Der ursprüngliche Missionsfall § 43. — Fortdauer der Mission nach der Geburt des Kindes bis zu der Agnition der bonorum possessio § 44. — Die spätere Ausdehnung der Mission § 45. — Ansprüche der eingewiesenen Frau. Der curator ventris und der curator bonorum § 46. — Missio ex carboniano edicto. Zusammenhang derselben mit der bonorum possessio contra tabulas § 47. — Die mit ihr verbundenen Rechte, insbesondere der unmittelbare Anspruch auf Uebertragung des Erbschaftsbesitzes §§ 48. 49. — Schutz des Klägers gegen Beeinträchtigung von Seite des besitzenden pupillus § 50. — Die interimistische Erbschaftsverwaltung § 51. — Gleichzeitige Immission mehrerer Personen § 52. — Einfluss der eintretenden Mündigkeit auf die carboniana bonorum possessio § 53. — Bedeutung der bonorum possessio carboniana für das successorische Edict § 54. — Natur des Instituts § 55. — Erläuterung der einzelnen Ausdrücke des carbonianischen Edicts. Zuerst: Si cui controversia fiat § 56. — Ferner: An inter liberos sit § 57. — Unterschied zwischen dem directen Angriff des Kindesverhältnisses und der blossen Gefährdung desselben durch den Angriff dritter Personen § 58. — Nothwendige Verbindung der controversia de statu mit dem Streit um den väterlichen Nachlass § 59. — Ausdehnung des carbonianum durch die Interpretation der Juristen § 60. — Durch kaiserliche Gesetzgebung § 61. — Ferner: et impubes sit. Angriffe mehrerer Geschwister zu gleicher Zeit § 62. — Uebertragung des carbonianum auf den Angriff eines noch ungebornen Erben § 63. — Ferner: causa cognita possessionem dabo § 64. — Zuletzt: iudicium in tempus pubertatis causa cognita differam § 65. — Zusammenhang der dargestellten erbrechtlichen Missionen mit der ursprünglichen Idee der prätorischen Einweisung § 66. — Die missio furiosi nomine. Die zwei verschiedenen Ansichten der römischen Juristen § 67. — Justinians Gesetzgebung § 68. — Die missio ex edicto Hadriani. Ihre ursprüngliche Bedeutung. Abänderung durch Justinian § 69. — Die Missionen in einzelne Sachen. Übersicht derselben § 70. — A. DIE MISSION WEGEN VERWEIGERTER DAMNI INFECTI CAUTIO.

Ihre Voraussetzung § 71. — Einfluss des schon erfolgten Einsturzes auf das Recht der Mission. Unterscheidung von vier verschiedenen Zeitabschnitten § 72. — Umfang der Mission nach der Richtung ihres Objectes. Insbesondere über die Einweisung in einen einzelnen Theil des Gebäudes oder Grundstückes § 73. — Mehrere Bedrohte. Ihr gleichzeitiges Auftreten § 74. — Ihr successives Auftreten § 75. — Mehrere Eigenthümer des drohenden Grundstücks §§ 76. 77. — Fälle, in welchen die Mission hinterher unwirksam wird § 78. — Aufhebung der Mission durch die Leistung der geforderten Sicherheit § 79. — Inhalt des zweiten Decrets. Usucapionsbesitz des Eingewiesenen § 80. — Abweichender Inhalt bei dem Vectigalrecht an Gebäuden § 81. — Die einzelnen Folgen des zweiten Decrets § 82. — Die Handlung des Eigenthümers als Träger der Gefahr. Zulässigkeit der damni infecti cautio. Unanwendbarkeit der Mission. Die Handlung muss dazu bestimmt sein, einen neuen Zustand der Localität herbeizuführen §§ 83—85. — Bauten auf fremdem oder öffentlichem Land § 86. — Ausdehnung der Caution auf solche Handlungen, welche keine Umgestaltung der Bodenverhältnisse bezwecken § 87. — Einfluss der damni infecti cautio in ihrer Anwendbarkeit bei gefährlichen Bauunternehmungen auf das System der operis novi nuntiatio § 88. — Was bei dem vitium operis die Stelle der Mission vertritt § 89. — Verhältniss des Eigenthumsstreites über das gefahrdrohende Haus zu der Cautionspflicht und der Mission § 90. — B. DIE MISSION WEGEN NICHTVERTHEIDIGUNG DES SCHULDIGEN SKLAVEN. Rechtliche Natur der Noxalklagen § 91. — Die Noxädedition als Tilgungsart der Judicatsschuld. Fr. 6. § 1. De re iud. (XLII. 1.) § 92. — Weitere Anwendungen der Noxädedition zur Vermeidung der Klage, ebenso der Verurtheilung § 93. — Strafe der Nichtvertretung des schuldigen Sklaven: iudicium sine noxæ deditione gegen den anwesenden Eigenthümer, prätorische Duction im Falle der Abwesenheit des Herrn § 94. — Erweiterte Anwendung der prätorischen Duction § 95. — Die Noxädedition in ihrer Anwendung auf bonæ fidei possessores und prædones § 96. — Unmöglichkeit der Noxädedition wegen fehlender potestas. Rechtliche Beurtheilung dieses Falles § 97. — Bedeutung der Noxalklagen im neusten Recht § 98. — C. DIE MISSION GEGEN DEN NUNTIATEN WEGEN VERWEIGERTER CAUTIONSLEISTUNG. Bestimmung des Falls § 99. — Rechtliche Natur der Missionen in einzelne Sachen § 100.

XIV.

Uebertragung des Pfandbegriffs auf die Missionen.

Grund der Übertragung § 1. — Zusammenstellung der einzelnen Zeugnisse, in welchen die Anwendung des Pfandrechtsbegriffes hervorgehoben wird. Fr. 5. § 21. Ut in poss. leg. (XXXVI. 4.) § 2. — Fr. 11. § 1. D. eod. § 3. — L. 3. C. eod. (VI. 54.) § 4. — Fr. 12 Pro emtore. (XLI. 4.) Fr. 2. Pro herede. (XLI. 5.) § 5. — Fr. 18 § 6. Fam. erc. (X. 2.) § 6. — Fr. 23. De peculio (XV. 1.) § 7. — Fr. 35. De reb. auct. iud. (XLII. 5.) § 8. — L. 2. C. qui pot. in pign. § 9. — Resultat § 10. — Zusammenstellung derjenigen Zeugnisse, in welchen umgekehrt die eigenthümlichen Grundsätze der Missionen gegen den Einfluss des Pfandbegriffes in Schutz genommen werden. Fr. 13. Quæ in fraudem creditorum. (XLII. 8.) Die Zulassung sämmtlicher Gläubiger zu der ihrem Mitgläubiger ertheilten Mission. Geschichte dieses Grundsatzes § 11. — Fr. 9. § 5. De reb. auct. iud. poss. (XLII. 5.) Die in factum actiones, welche bei der Mission die Stelle der pignoraticia in personam directa und contraria vertreten. Beschränkung derselben. Anderweitige Rechtsmittel § 12. — Fr. 26. § 1. De pign. act. Abhängigkeit des prätorischen Pfandes von der Besitzergreifung § 13. — L. 2. C. de præt. pign. Ausdehnung der hypothekarischen Klage auf die missio rei servandæ causa. Das interdictum ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit. Sein Umfang. Sein Verhältniss zu der hypothecarischen Klage. Die in factum actiones der Eingewiesenen: Verhältniss zu dem Interdict. Verschiedenheit nach dem Gegentand der Mission § 14. — Fr. 114. § 2. De leg. 1. (XXX. 1.) Anspruch der in der Gewalt des Erben stehenden Fideicommissare auf Legatscaution oder Einweisung § 15. — Resultate des Abschnitts § 16.

XV.

Das pignus als Wettpreis.

Uneigentlicher Gebrauch des Wortes pignus für den Einsatz einer Wette. Abweichende Ansicht Rudorffs. Versuch der Widerlegung.

XVI.

Das Rechtsverhältniss eines nachstehenden Pfandgläubigers.

Aufgabe des vorliegenden Abschnitts § 1. — Rechtliche Natur eines nachstehenden Pfandrechts und Verhältniss desselben zu dem vor-

gehenden § 2. — Folgen des ordo § 3. — Der materielle Gehalt eines nachstehenden Pfandrechts § 4. — Die Anzeige der frühern Verpfändung an den spätern Gläubiger § 5. — Jus offerendi des nachstehenden Pfandgläubigers §§ 6. 7. — Das Oblationsrecht von Seite jedes Pfandbesitzers zur Abwendung der hypothekarischen Klage. Unterschied desselben von dem ius offerendi des nachstehenden Pfandgläubigers § 8. — Weitere Verschiedenheit. Insbesondere von der Unstatthaftigkeit des ius offerendi von Seite der bessern an die schlechtern Pfandgläubiger §§ 9. 10. — Die rechtlichen Folgen der Oblation eines nachstehenden Pfandgläubigers. Successio in locum dimissi § 11. — Einfluss der Succession auf das eigene Pfandrecht des Offerenten. Confirmatio secundi pignoris §§ 12. 13. — Erklärung des Fr. 16. Qui pot. § 14. — Rechtliche Selbstständigkeit des Begriffs der successio in locum. Zurückführung desselben auf die Cessionsidee unzulässig § 15. — Unterscheidung der vollständigen und unvollständigen Succession. Fälle der letztern § 16. — Erstreckung der Succession auf die Nebenberedungen des Pfandes § 17. — Unerheblichkeit der Entstehungsart des Pfandrechts für die Ausübung des ius offerendi § 18. — Fälle der Oblation an einen Käufer der Pfandsache: Der Kauf von Seite des zahlenden Bürgen; ebenso der von Seite eines nachstehenden Pfandgläubigers § 19. — Veräusserung der Pfandsache von Seite des Eigenthümers an den erstberechtigten Pfandgläubiger § 20. — Beendigungsarten des ius offerendi § 21. — Verhältniss derjenigen Pfandrechte, welche von einem blossen Besitzer, bonæ oder malæ fidei possessor, bestellt worden. Erstens: Vor dem Eintritt der Convalescenz § 22. — Zweitens: Nachher. Darstellung der Pfandconvalescenz §§ 23. 24. — Das Verhältniss der mehrern Pfandgläubiger nach eingetretener Convalescenz § 25.

XVII.

Die mit der Ausübung der Verkaufsbefugniss verbundenen Rechtsverhältnisse.

Aufgabe des Abschnitts § 1. — Regelmässige Verpflichtungen des verkaufenden Pfandgläubigers § 2. — Abänderung derselben durch besondere Beredungen. Insbesondere die Übernahme der Evictionspflicht und der Vertrag: ne quid evictione secu!a creditor præstet § 3. — Gewähr der Mängel und ähnliche Verpflichtungen § 4. — Folgen der Arglist § 5. — Eigenthumserwerb von Seite

des Pfandkäufers § 6. — Einfluss des Pfandverkaufs auf die an der Sache bestehenden Pfandrechte § 7. — Erstens: auf das eigene Pfandrecht des Verkäufers; Einrede der Remission § 8. — Entkräftung derselben durch eine doli replicatio § 9. — Erklärung des Fr. 9. § 3. De pignor. act. § 10. — Zweitens: auf die Pfandrechte der nachstehenden Pfandgläubiger § 11. — Wirkung des Pfandverkaufs für den Verpfänder §§ 12. 13. — Verpflichtungen des Pfandkäufers § 14. — Die Leistung des Kaufpreises nach ihren Rechtswirkungen §§ 15. 16. — Vertheilung des Pfanderlöses auf mehrere Forderungen § 17. — Erstens: auf solche, welche unter sich in keinem innern Zusammenhang stehen § 18. — Zweitens: auf Kapital und Zins. Grundsätze des Zinsenpfandrechts. § 19. — Erklärung der LL. 4. 22. C. de usuris. (IV. 32.) § 20. — Natur des Zinsenpfandrechts §§ 21. 22. — Zinsen über das alterum tantum § 23. — Verzugszinsen § 24. — Grundsätze über die Vertheilung des Pfanderlöses zwischen Kapital und Zins § 25. — Verbindung von Bürgschaft und Pfand § 26. — Wirkung des Pfandrechts an einer Geldsumme § 27. — Bedeutung des Pfandverkaufs für die actio pignoraticia in personam directa §§ 28. 29. Bedeutung derselben für die actio pignoraticia contraria § 30.

XVIII.

Fälle, in welchen das Pfand auf andere Weise als durch Verkauf dem Gläubiger zur Befriedigung verhilft.

Verbot der Veräusserung von Seite des Schuldners § 1. — Ertrag der Diebstahlsklagen § 2. — Die litis æstimatio § 3. — Verkauf der Remission § 4. — Nebenberedungen der Verpfändung. Erstens solche, die keine besondere Klage erzeugen: die lex commissoria; das pactum, ut creditor pignus suum in compensationem pecuniæ suæ certo tempore possideret § 5. — Zweitens solche, welche eine besondere Klage erzeugen: die mit dem pignus verbundene emtio venditio § 6. — Der Fall des Fr. 16. § 9. De pign. et hyp. § 7. — Einzelne Bemerkungen. Erstens: über die Ausdehnung des constantinischen Verbots § 8. — Zweitens: Einfluss jener Nebenbestimmungen auf die actio pignoraticia in personam. Drittens: Verhältniss derselben zu der Verkaufsbefugniss § 9. — Die dominii impetratio § 10.

XIX.

Folgen der Ausbildung des Pfandverkaufs: die Umgestaltung der fiducia, die Hypothek.

Aufgabe dieses Abschnitts § 1. — Umgestaltung der fiducia nach dem Vorbild des pignus § 2. — Bedeutung der Hypothek § 3. — Verhältniss der Hypothek zu der fiducia. Einheit des Pfandsystems § 4.

Zusätze.

Ueber die Fassung der hypothekarischen Formel § 1. — Ueber die Restitution des Pfandfrüchte nach Fr. 16. § 4. De pign. et hyp. § 2. — Die Ausübung der Verkaufsbefugniss verlangt keine vorläufige Mahnung des säumigen Schuldners § 3. — Ueber den Grundsatz der L. 5. C. de distr. pign. Aufschiebung des Pfandverkaufs bei zweifelhaften Schuldverhältnissen § 4. — Ueber die dupli fructus § 5. — Ueber die Lesart des Fr. 15. § 2. De pign. et hyp. § 6. — Ueber den Unterschied der beiden Oblationsarten § 7. — Ueber Fr. 40. De usuris. (XXII. 1.)

Quellenregister.

Justinianische Quellen.

Institutionen.

Lib. 2. Tit. 8.
Quibus alienare licet vel non.
§ 1. (159. n. 2.)

Lib. 2. Tit. 19.
De heredum qualitate et differentia.
§ 1. (299. n. 2.)

Lib. 2. Tit. 20.
De legatis.
§ 5. (131. n. 1.)

Lib. 3. Tit. 14.
Quibus modis re contrahitur obligatio.
§ 4. (588. n. 6.)

Lib. 3. Tit. 18.
De divisione stipulationum.
§ 2. (302. n. 2.)

Lib. 4. Tit. 8.
De noxalibus actionibus.
§ 3. (434.)

Theophilus paraphrasis institutionum.

Lib. 3. Tit. 12.
De successionibus sublatis.
pr. (442.)

Lib. 4. Tit. 18.
De interdictis.
§ 3. (15. n. 14.)

Digesten.

Lib. 1. Tit. 21.
De officio eius, cui mandata est iurisdictio.
Fr. 4. § 1. (348. n. 2.)

Lib. 2. Tit. 4.
De in ius vocando.
Fr. 18. 19. (284. n. 3.)

Lib. 2. Tit. 8.
Qui satisdare cogantur, vel iurato promittant.
Fr. 12. (306. n. 2.)
— 15. pr. (309. n. 1.)
— 15. § 2. (148. n. 5. 149. n. 12.)

Lib. 2. Tit. 9.
Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur.
Fr. 1. (455. n. 19.)
— 2. pr. (455. n. 19.)
— 2. § 1. (403. n. 2. 404. n. 7. 404. n. 10. 405. 408. n. 9.)
— 3. (413. n. 2.)

Lib. 2. Tit. 11.
Si quis cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperaverit.
Fr. 2. § 4. (646. n. 11.)

Lib. 2. Tit. 14.
De pactis.
Fr. 10. pr. (248.)
— 17. § 2. (44. 572. n. 1.)
Lib. 3. Tit. 2.
De his qui notantur infamia.
Fr. 6. pr. (308. n. 1.)
Lib. 3. Tit. 3.
De procuratoribus et defensoribus.
Fr. 35. § 3. (407. 419. 420.)
— 36. (407.)
— 40. § 2. (300. n. 3.)
— 45. § 2. (421.)
Lib. 3. Tit. 4.
Quod cuiusque universitatis nomine vel contra eam agatur.
Fr. 1. § 2. (284. n. 6. 296. n. 1.)
Lib. 3. Tit. 5.
De negotiis gestis.
Fr. 1. (284. n. 6.)
— 8. § 1. (216. n. 6.)
Lib. 4. Tit. 2.
Quod metus causa gestum erit.
Fr. 14. § 10. (614. n. 7.)
Lib. 4. Tit. 3.
De dolo malo.
Fr. 9. § 4. (124. n. 6. 403.)
Lib. 4. Tit. 4.
De minoribus XXV annis.
Fr. 47. § 1. (268. n. 11.)
Lib. 4. Tit. 6.
Ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituantur.
Fr. 21. § 2. (284. n. 6. 290. n. 7. 296. n. 1.)
Lib. 4. Tit. 8.
De receptis, qui arbitrium receperunt &c.
Fr. 21. § 9. (646. n. 11.)
Lib. 5. Tit. 1.
De iudiciis et ubi quisque agere vel conveniri debeat.
Fr. 19. § 1. (284. n. 6.)
— 41. (476. n. 4.)
— 63. (294. n. 1.)
Lib. 5. Tit. 2.
De inofficioso testamento.
Fr. 20. (335. n. 6. 353. n. 4.)
Lib. 5. Tit. 3.
De hereditatis petitione.
Fr. 7. (361. n. 7.)
— 7. pr. (361. n. 8.)
— 7. § 2. (361. n. 2.)
— 27. pr. (141. n. 1.)
Lib. 6. Tit. 1.
De rei vindicatione.
Fr. 9. pr. (300. n. 5.)
— 46. (68. n. 14.)
— 80. (360. n. 3.)
Lib. 6. Tit. 2.
De publiciana in rem actione.
Fr. 9. § 4. (69. n. 17.)
Lib. 7. Tit. 1.
De usufructu, et quemadmodum quis utatur fruatur.
Fr. 4. (99. n. 7.)
— 33. § 1. (100. n. 8.)
— 60. § 1. (300. n. 3.)
Lib. 8. Tit. 1.
De servitutibus.
Fr. 16. (106. 107. 109. n. 7.)
Lib. 8. Tit. 2.
De servitutibus praediorum urbanorum.
Fr. 18. (370. n. 3.)
Lib. 8. Tit. 5.
Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.
Fr. 6. § 4. (101. n. 10.)
— 18. (285. n. 9.)
Lib. 8. Tit. 6.
Quemadmodum servitutes amittantur.
Fr. 12. (100. n. 9.)
Lib. 9. Tit. 1.
Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.
Fr. 1. § 14. (402. n. 2.)
Lib. 9. Tit. 2.
Ad legem aquiliam.
Fr. 22. pr. (645. n. 6.)
— 27. § 3. (409. n. 2. 415. n. 10.)
— 57. (245. n. 18.)
— 81. § 1. (245. n. 18.)
Lib. 9. Tit. 4.
De noxalibus actionibus.
Fr. 1. (400.)
— 2. §. 1. (397. n. 3.)
— 8. (400. n. 5.)

Fr. 11. (410. n. 7.)
— 12. (409. n. 2.)
— 13. (409 n. 3. 433. n. 3.)
— 14. (433. n. 3.)
— 14. pr. (419. n. 36.)
— 15. (400. n. 7. 433. n. 3.)
— 16. § 1. (417. n. 26.)
— 17. § 1. (400. n. 6.)
— 18. (413.)
— 19. pr. (403.)
— 19. § 1. (414.)
— 20. (404. n. 10.)
— 21. pr. (403. n. 1. 6. 404. n. 6. 417. n. 31. 418. n. 34.)
— 21. § 2. (407. n. 5.)
— 22. pr. (413.)
— 22. § 1. (409. n. 3.)
— 22. § 3. (406.)
— 24. (416. n. 16.)
— 24. § 4. (406.)
— 26. § 5. (416. n. 22.)
— 26. § 6. (405.)
— 27. pr. (82. 209. n. 1. 405. n. 1. 408. n. 7. 503. n. 4.)
— 27. § 1. (400. 411. n. 11. 12.)
— 28. (406. n. 3. 409. n. 2. 410. n. 6. 412. n. 1.)
— 29. (402. 403. n. 1.)
— 30. (82. n. 2. 210. n. 2. 408. n. 10.)
— 31. (406. n. 3.)
— 32. (403. n. 1. 404. n. 7. 406. n. 3. 418. n. 32.)
— 33. (403. n. 1. 424.)
— 39. § 3. (406. n. 3. 408. n. 8.)
— 43. (424.)

Lib. 10. Tit. 2.

Familiæ erciscundæ.

Fr. 18. § 6. (429.)
— 20. § 4. (197. n. 4.)
— 20. § 6. (241. n. 6.)
— 29. (196. 207.)
— 33. (129. n. 11.)
— 44. § 1. (198. n. 7.)
— 44. § 7. (430.)

Lib. 10. Tit. 3.

Communi dividundo.

Fr. 4. § 4. (384. n. 12.)
— 5. (384. n. 11. 12.)
Fr. 6. § 8. (175. n. 2.)
— 7. § 6. (197. n. 4. 539. n. 12.)
— 7 § 8. (374. n. 3.)
— 7. § 9. (374. n. 3. 384. n. 10.)
— 7. § 12. (198. n. 5. 199. n. 12. 539. n. 12.)
— 7. § 13. (199. n. 10.)

Lib. 10. Tit. 4.

Ad exhibendum.

Fr. 3. § 3. (29. n. 11.)
— 9. § 1. (391. n. 1.)
— 9. § 6. (215. n. 6.)
— 15. (391. n. 3.)

Lib. 11. Tit. 1.

De interrogationibus in iure faciendis.

Fr. 10. (376. n. 1. 404. n. 9.)
— 11. § 4. (407.)
— 13. § 1. (412. n. 1. 433. n. 4.)
— 20. § 1. (300. n. 4. 6. 376. n. 2.)
— 20. § 2. (376. n. 1.)

Lib. 11. Tit. 7.

De religiosis et sumtibus funerum.

Fr. 45. (243. n. 12.)

Lib. 12. Tit. 1.

De rebus creditis, si certum petetur, et de condictione.

Fr. 4. § 1. (216. n. 7.)
— 27. (231. n. 9.)
— 32. (214. n. 5.)

Lib. 12. Tit. 3.

De in litem iurando.

Fr. 4. § 2. (616. n. 6.)
— 5. § 1. (616. n. 6.)
— 8. (616. n. 7:)

Lib. 12. Tit. 6.

De condictione indebiti.

Fr. 26. § 1. (600. n. 3.)
— 39. (257. n. 10.)

Lib. 13. Tit. 5.

De pecunia constituta.

Fr. 14. §. 1. (140. n. 1. 173. n. 2.)

Lib. 13. Tit. 6.

Commodati vel contra.

Fr. 18. pr. (588. n. 6.)

Lib. 13. Tit. 7.

De pignoraticia actione vel contra.

Fr. 1. § 2. (609. n. 1.)
— 3. (609. n. 2.)

Fr. 4. (164. n. 7. 168. n. 3. 170. n. 8. 174. 177. 569. 630. n. 8.)
— 5. (167. n. 2. 187. 189.)
— 6. pr. (163. n. 1. 2. 192. n. 1. 607. n. 9. 611. n. 1.)
— 6. § 1. (493. n. 5. 607. n. 4. 609. n. 1.)
— 7. (493. n. 5. 607. n. 4.)
— 8. pr. (206. n. 29. 609. n. 3. 7.)
— 8. § 1. (609. n. 3. 8.)
— 8. § 2. (164. n. 4.)
— 8. § 3. (164. n. 7. 164. 175. 189. n. 1.)
— 8. § 4. (161.)
— 8. § 5. (167. 175. n. 2. 601. n. 3. 609. n. 3.)
— 9. pr. (609. n. 1.)
— 9. § 2. (25. n. 1. 632. n. 6.)
— 9. § 3. (578. 580.)
— 9. § 4. (216. n. 7.)
— 11. § 1. (528. n. 8.)
— 11. § 3. (594. 600. n. 1.)
— 11. § 6. (17. n. 21.)
— 13. pr. (608. n. 2.)
— 13. § 1. (588. n. 6.)
— 14. (588. n. 6.)
— 15. (153. n. 11.)
— 16. § 1. (493. n. 1. 550. n. 8. 562. n. 7. 584. n. 5.)
— 18. § 2. (63.)
— 20. § 3. (170. n. 10. 622.)
— 22. pr. (613. 614.)
— 22. § 1. (613. 614.)
— 22. § 2. (144.)
— 22. § 3. (148. n. 5.)
— 22. § 4. (170. n. 9. 564. n. 1. 588. n. 6. 607. n. 9. 609. n. 6.)
— 23. (216. n. 8. 590.)
— 24. pr. (624. n. 2. 626.)
— 24. § 2. (607. n. 6.)
— 24. § 3. (150. n. 3. 586. n. 3.)
— 25. (153. n. 11. 459. n. 20. 609. n. 4.)
— 26. (426.)
— 26. pr. (324. n. 1.)
— 26. § 1. (463.)
— 27. (588. n. 6.)
— 28. pr. (615. n. 4.)
Fr. 29. (86. n. 2. 142. n. 5. 143. n. 8. 148. n. 4.)
— 30. (588. n. 6.)
— 31. (609. n. 5.)
— 32. (493. n. 3. 609. n. 1.)
— 33. (152. n. 8.)
— 34. (170. n. 11. 622. n. 3.)
— 35. pr. (602. n. 2. 3.)
— 35. § 1. (142. n. 1. 7. 148. n. 1. 5. 170. n. 10.)
— 36. pr. (609. n. 1.)
— 36. § 1. (493. n. 2. 494. n. 1. 609. n. 1.)
— 37. (142. n. 2.)
— 39. (144. n. 3. 152. n. 9. 618.)
— 40. pr. (168. n. 1. 169. n. 5.)
— 40. § 1. (168. n. 1.)
— 41. (545. n. 5. 547.)
— 42. (166. n. 1. 167. n. 3. 175. n. 2. 192. 493. n. 5. 607. n. 6.)
— 43. pr. (609. n. 5.)

Lib. 15. Tit. 1.
De peculio.

Fr. 23. (432.)
— 50. pr. (283. n. 285. n. 9.)

Lib. 16. Tit. 1.
Ad senatusconsultum velleianum.

Fr. 13. § 1. (43. 45. 47. 73.)

Lib. 16. Tit. 2.
De compensationibus.

Fr. 10. § 3. (302. n. 2.)

Lib. 16. Tit. 3.
Depositi vel contra.

Fr. 7. § 2. (243. n. 12.)
— 13. § 1. (216. n. 7.)
— 24. (632. n. 5.)

Lib. 17. Tit. 1.
Mandati vel contra.

Fr. 6. § 7. (216. n. 6.)
— 12. § 9. (524. n. 11.)
— 14. pr. § 1. (532. n. 4.)
— 22. § 3. (168. n. 1.)
— 49. (203. n. 22.)
— 59. (216. n. 9.)
— 59. § 1. (530. n. 1. 535. n. 9.)
— 59. § 4. (563. n. 11. 564. n. 1.)

Lib. 18. Tit. 1.
De contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem.
Fr. 81. pr. (619. 620.)
Lib. 18. Tit. 3.
De lege commissoria.
Fr. 4. § 4. (644.)
— 8. (651. n. 6.)
Lib. 19. Tit. 1.
De actionibus emti venditi.
Fr. 6. § 9. (569. n. 7.)
— 11. § 2. (560. n. 1.)
— 11. § 16. (561. n. 5. 563. n. 11. 568. n. 2. 584. n. 3.)
— 11. § 18. (561. n. 6.)
— 31. § 2. (69. n. 17.)
Lib. 19. Tit. 2.
Locati conducti.
Fr. 19. § 4. (391. n. 4.)
— 49. pr. (236. n. 17.)
— 49. § 1. (236. n. 17.)
Lib. 20. Tit. 1.
De pignoribus et hypothecis &c.
Fr. 1. pr. (545. n. 5. 549.)
— 1. § 1. (15. n. 14. 173. n. 4. 174. n. 8.)
— 1. § 2. (57—60. 65.)
— 1. § 3. (152. n. 9.)
— 2. (530. n. 1. 533. 534.)
— 3. (60. n. 7.)
— 3. pr. (48.)
— 5. § 1. (632. n. 3.)
— 10. (16. n. 16.)
— 11. § 1. (150. n. 1. 152. n. 8.)
— 11. § 3. (633. n. 9.)
— 13. § 2. (605.)
— 13. § 4. (47. 501. n. 1. 528. n. 7.)
— 13. § 6. (594.)
— 13. § 15. (44.)
— 14. pr. (13. n. 8. 325. n. 2.)
— 15. § 1. (48. 544. n. 2.)
— 15. § 2. (267. n. 6. 493. n. 2. 6. 495. n. 7. 649. 650.)
— 16. § 3. (490. n. 3. 616. n. 8.)
— 16. § 4. (155. 638. 640.)
— 16. § 5. (634. 635.)
— 16. § 9. (621. 622.)
— 18. (71.)
Fr. 21. (17. n. 20.)
— 21. § 1. (71.)
— 21. § 3. (615. n. 1.)
— 22. (545. n. 5. 548. 556.)
— 23. pr. (148. n. 1.)
— 25. (550.)
— 26. (154. n. 4.)
— 26. pr. (530. n. 1. 535.)
— 29. § 1. (15. n. 14. 63. n. 2. 154. n. 4.)
— 31. (68. n. 11.)
— 34. § 1. (494. n. 5.)
— 34. § 2. (68. n. 12.)
— 35. (173. n. 4. 174. n. 9.)
Lib. 20. Tit. 2.
In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.
Fr. 7. pr. (147. n. 3.)
— 8. (151. n. 5.)
— 9. (19. n. 2. 20. n. 4.)
Lib. 20. Tit. 3.
Quæ res pignori vel hypothecæ datæ obligari non possunt.
Fr. 3. (162. 163. n. 4. 526. n. 1. 3. 5. 528. 529.)
Lib. 20. Tit. 4.
Qui potiores in pignore vel hypothecæ habeantur.
Fr. 2. (187—189.)
— 3. pr. (492. n. 3. 528. n. 10.)
— 3. § 2. (173. n. 3.)
— 3. § 9. (554—557.)
— 7. pr. (269. n. 13. 271. n. 2.)
— 11. § 4. (47. 501. 522. n. 6. 653.)
— 12. § 1. (616. n. 5.)
— 12. § 4. (488. n. 7.)
— 12. § 5. (491. 492. 528. n. 10.)
— 12. § 6. (512. 516. 524. n. 11.)
— 12. § 7. (497. n. 11.)
— 12. § 8. (496. 497. 526. n. 1. 5.)
— 12. § 9. (497. n. 1. 511. 526. n. 2.)
— 12. § 10. (632. n. 2. 636. n. 3.)
— 13. (496. n. 9.)
— 14. (543.)
— 16. (511. 514. 518—520. 522. n. 5. 523. n. 8.)
— 17. (527. n. 6.)
— 19. (164. n. 5. 505. n. 1. 524. n. 13.)

Fr. 20. (496. n. 9.)
— 21. pr. (247. 248. 528. n. 9.)
— 21. § 1. (254.)

Lib. 20. Tit. 5.

De distractione pignorum.

Fr. 1. (485. 489. n. 1. 490. n. 2. 550. n. 7.)
— 2. (530. n. 1. 533.)
— 3. pr. (174. n. 9. 540. 561. n. 3. 582. n. 6.)
— 3. § 1. (527. n. 6. 530. n. 2.)
— 4. (164. n. 7. 165.)
— 5. pr. (511. 512. 516.)
— 5. § 1. (530. n. 1. 2. 533. n. 6. 538.)
— 6. (530. n. 2. 538.)
— 7. pr. (608. n. 1.)
— 7. § 1. (608. n. 2.)
— 7. § 2. (611.)
— 8. (164. n. 6.)
— 9. pr. (588. 607. n. 9.)
— 10. (541. n. 2. 561. n. 4. 563. n. 11. 568. n. 3. 584. n. 3.)
— 12. pr. (170. 487. n. 1. 489. 563. n. 11.)
— 12. § 1. (151. n. 1. 212—216. 585. 589.)
— 13. (174. n. 9. 551. n. 11. 561.)
— 34. (164. n. 7.)

Lib. 20. Tit. 6.

Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.

Fr. 2. (203. n. 21. 615. n. 4.)
— 4. § 1. (572.)
— 4. § 2. (574. 575. n. 3.)
— 5. § 1. (13. n. 8. 165. n. 1.)
— 5. § 2. (524. n. 12.)
— 6. pr. (69. n. 14.)
— 7. pr. (572. n. 1.)
— 7. §§ 2. 3. (572. n. 1.)
— 8. § 1. (572. n. 1.)
— 8. § 2. (572. n. 1.)
— 8. § 5. (578. n. 5. 616. n. 1.)
— 8. § 6. (572. n. 1. 574.)
— 8. §§ 7—9. (575—577.)
— 8. § 9. (572. n. 1.)
— 8. § 10. (578.)
— 8. § 11. (574. 575. n. 3.)
Fr. 8. § 18. (572. n. 1.)
— 8. § 19. (615. n. 2.)
— 9. pr. (92. n. 13. 572. n. 1.)
— 9. § 1. (494. n. 5. 572. n. 1.)
— 10. pr. (574.)
— 10. § 1. (567. n. 5. 569. 570. 575.)
— 12. § 1. (500.)

Lib. 21. Tit. 2.

De evictionibus et duplæ stipulatione.

Fr. 29. pr. (569. n. 5.)
— 37. (560. n. 2.)
— 38. (562. n. 8. 584. n. 4.)
— 46. § 1. (560. n. 1.)
— 66. pr. (16. n. 19. 36.)
— 68. pr. (565.)
— 74. §. 1. (585.)

Lib. 22. Tit. 1.

De usuris, et fructibus, et causis etc.

Fr. 7. (651. n. 2. 6.)
— 9. § 1. (152. n. 9.)
— 12. (643. 644.)
— 17. § 6. (237. n. 19.)
— 17. § 7. (237. n. 19.)
— 28. (145. n. 1.)
— 37. (524. n. 11.)
— 40. (653.)
— 49. (150. n. 4.)

Lib. 22. Tit. 2.

De nautico fœnore.

Fr. 9. (645. n. 7.)

Lib. 22. Tit. 3.

De probationibus et præsumtionibus.

Fr. 23. (45. 48. 544. n. 2.)

Lib. 23. Tit. 3.

De iure dotium.

Fr. 54. (220. n. 17.)
— 74. (238. n. 19.)
— 74. (243. n. 12.)
— 75. (245. n. 18.)

Lib. 24. Tit. 3.

Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.

Fr. 1. (243. n. 12.)
— 22. § 13. (243. n. 12. 244. n. 13.)
— 49. § 1. (569. n. 5.)

Lib. 25. Tit. 2.

De actione rerum amotarum.

Fr. 22. pr. (70. n. 18.)

Lib. 25. Tit. 4.
De inspiciendo ventre custodiendoque partu.
Fr. 1. § 10. (355. n. 2.)
— 2. (355. n. 2.)
Lib. 26. Tit. 9.
Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt.
Fr. 2. (94. n. 2.)
Lib. 27. Tit. 3.
De tutelæ, et rationibus distrahendis, et utili curationis causa actione.
Fr. 21. (525. n. 14.)
— 25. (268. n. 8.)
Lib. 27. Tit. 4.
De contraria tutelæ et utili actione.
Fr. 3. § 1. (524. n. 11.)
Lib. 27. Tit. 9.
De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis etc.
Fr. 1. § 4. (249. n. 1.)
— 2. (249. n. 1.)
— 3. pr. (269. n. 13.)
— 3. § 1. (425.)
— 3. § 4. (103. n. 20. 109. n. 5.)
— 5. § 3. (168. n. 3.)
— 7. § 1. (173. n. 6.)
— 7. § 5. 6. (511. n. 1.)
— 12. (511. n. 1. 526. n. 5.)
Lib. 27. Tit. 10.
De curatoribus furioso vel aliis extra minores dandis.
Fr. 1. pr. (194. n. 3.)
— 5. (299. n. 2.)
— 9. (299. n. 1. 2.)
Lib. 28. Tit. 1.
Qui testamenta facere possint et quemadmodum testamenta fiant.
Fr. 13. § 2. (308. n. 1.)
— 20. § 1. (274. n. 2. 3. 4. 277. n. 1.)
Lib. 28. Tit. 2.
De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis.
Fr. 11. (327. n. 1.)
Lib. 28. Tit. 5.
De heredibus instituendis.
Fr. 23. § 3. (333. n. 15.)
Lib. 29. Tit. 2.
De acquirenda vel omittenda hereditate.
Fr. 13. pr. (305. n. 2.)
— 18. (305. n. 2.)
— 71. pr. (278. n. 3. 279. n. 1.)
Lib. 30. Tit. 1.
De legatis vel fideicommissis I.
Fr. 43. § 3. (274. n. 3. 278. n. 4.)
— 45. §§. 1. 2. (130. n. 13. 16.)
— 57. (131. n. 1. 3. 132. n. 6. 133. n. 4.)
— 71. § 1. (130. n. 13. 135. n. 4.)
— 71. § 5. (135. n. 3.)
— 76. § 2. (99. n. 7.)
— 85. (133. 134.)
— 86. (135. n. 2.)
— 86. § 4. (135. n. 4.)
— 114. § 12. (142. n. 6. 304. n. 10. 475. 476.)
Lib. 31. Tit. 1.
De legatis et fideicommissis II.
Fr. 26. (126. n. 3.)
— 66. § 6. (99. n. 7. 102. n. 14. 126. 133. n. 4. 135. n. 1.)
— 67. § 8. (128. n. 8.)
— 73. (280. n. 1.)
— 76. § 2. (126. n. 3.)
— 76. § 6. (101. n. 12.)
— 77. § 8. (129. n. 11. 130. n. 12.)
— 89. § 4. (224. n. 5.)
Lib. 32. Tit. 1.
De legatis et fideicommissis III.
Fr. 11. § 22. (477. n. 6.)
— 15. § 2. (305. n. 4.)
— 29. § 3. (130. n. 12.)
— 38. § 4. (228. n. 4.)
— 41. § 14. (305. n. 4.)
Lib. 33. Tit. 1.
De annuis legatis et fideicommissis.
Fr. 9. (228. n. 3. 324. n. 1.)
Lib. 33. Tit. 2.
De usu, et usufructu, et reditu, et habitatione, et operis per legatum etc. datis.
Fr. 2. (59. n. 5.)
— 30. pr. (431.)
— 34. pr. (228. n. 4.)

Lib. 33. Tit. 4.
De dote prælegata.
Fr. 15. (131. n. 1. 260.)
Lib. 33. Tit. 7.
De instructo vel instrumento legato.
Fr. 12. § 34. (151. n. 5.)
Lib. 33. Tit. 10.
De suppellectile legata.
Fr. 9. § 2. (151. n. 5.)
Lib. 34. Tit. 1.
De alimentis vel cibariis legatis.
Fr. 4. pr. (228. n. 4.)
— 12. (228. n. 3. 324. n. 1.)
— 14. § 3. (101. n. 11.)
Lib. 34. Tit. 3.
De liberatione legata.
Fr. 1. § 1. (135. n. 2.)
Lib. 35. Tit. 2.
Ad legem falcidiam.
Fr. 23. (101. n. 10.)
Lib. 35. Tit. 3.
Si cui plus, quam per legem falcidiam licuerit, legatum esse dicetur.
Fr. 1. § 6. (440. n. 7.)
— 3. § 6. (361. n. 3.)
— 8. (361. n. 3.)
Lib. 36. Tit. 1.
Ad Senatusconsultum trebellianum.
Fr. 3. § 4. (129. n. 11.)
— 22. pr. (477. n. 5. 6.)
— 50. (476. n. 2.)
— 59. pr. (44.)
— 63. pr. (478. n. 7.)
— 63. § 1. (314. n. 1.)
— 73. pr. (31. n. 7.)
Lib. 36. Tit. 2.
Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat.
Fr. 5. § 7. (477. n. 6.)
— 15. (477. n. 6.)
Lib. 36. Tit. 3.
Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur.
Fr. 1. pr. (309. n. 4.)
— 1. § 3. (306. n. 3.)
— 1. § 4. (440. n. 9.)
— 1. § 7. (304. n. 10.)
— 1. § 9. (307. n. 3. 308. n. 2.)
Fr. 1. § 14. (310. n. 7.)
— 1. § 18. (239. n. 19.)
— 1. § 19. (304. n. 10.)
— 1. § 20. (477. n. 6.)
— 4. (304. n. 10.)
— 5. § 1. (308. n. 2. 318. n. 1.)
— 5. § 2. (305. n. 3.)
— 5. § 4. (317. n. 9. 318. n. 10. 439. n. 5.)
— 7. (309. n. 2. 476. n. 1.)
— 10. (305. n. 1.)
— 14. § 1. (203. n. 20. 305. n. 1. 308. n. 5.)
— 15. pr. (307. n. 2.)
— 15. § 1. (304. n. 10.)
Lib. 36. Tit. 4.
Ut in possessione legatorum seu fideicommissorum causa esse liceat.
Fr. 1. § 3. (308. n. 5.)
— 1. § 4. (305. n. 1. 309. n. 6.)
— 1. § 15. (316. n. 9.)
— 2. (305. n. 1. 309. n. 6.)
— 3. pr. (307. n. 3.)
— 5. pr. (316. n. 4.)
— 5. § 2. (444. n. 4. 455. n. 16.)
— 5. § 3. (455. n. 16.)
— 5. § 4. (316. n. 9. 439.)
— 5. § 5. (316. n. 1.)
— 5. § 11. (317. n. 6. 377. n. 3.)
— 5. § 16—21. (319—321.)
— 5. § 21. (167. n. 3. 426.)
— 5. § 22. (317. n. 7. 478. n. 8.)
— 5. § 23—25. (319—321.)
— 5. § 28. (318. n. 1.)
— 5. § 30. (305. n. 4.)
— 6. § 1. (439. n. 6.)
— 7. (440.)
— 8. (304. n. 10. 316. n. 1.)
— 9. pr. (322. n. 2.)
— 10. (317. n. 8.)
— 11. § 1. (427. n. 28.)
— 13. (439. n. 6.)
— 14. (317. n. 7.)
— 15. (316. n. 1.)
Lib. 37. Tit. 4.
De bonorum possessione furioso etc. competente.
Fr. 1. (364. n. 1.)

Lib. 37. Tit. 4.
De bonorum possessione contra tabulas.
Fr. 4. § 3. (330. n. 13.)
Lib. 37. Tit. 5.
De legatis præstandis contra tabulas bonorum possessione petita.
Fr. 1. pr. (440. n. 11.)
Lib. 37. Tit. 6.
De collatione bonorum.
Fr. 2. § 9. (318. n. 3.)
— 4. (245. n. 18.)
— 12. (342. n. 2.)
Lib. 37. Tit. 7.
De dotis collatione.
Fr. 1. § 9. (245. n. 18.)
Lib. 37. Tit. 9.
De ventre in possessionem mittendo et curatore eius.
Fr. 1. pr. (328. n. 3. 329. n. 4.)
— 1. § 2. 3. (332. n. 5.)
— 1. § 14. (330. n. 14. 357. n. 1. 2. 3. 358. n. 5.)
— 1. § 15. (358. n. 4.)
— 1. § 16. (455. n. 20.)
— 1. § 18. (333. n. 13.)
— 5. (332. n. 2.)
— 5. § 1. (333. n. 15.)
— 7. § 1. (354. n. 1. 358. n. 6. 8.)
— 8. (351. n. 10.)
— 9. (332. n. 3. 362. n. 1.)
Lib. 37. Tit. 10.
De carboniano edicto.
Fr. 1. pr. (334. n. 3.)
— 1. § 1. (341. n. 5.)
— 1. § 3. (335. n. 4.)
— 1. § 4. (349. n. 4.)
— 1. § 5. (350. n. 2.)
— 1. § 8. (335. n. 6. 352. n. 11. 353. n. 3.)
— 1. § 9. (335. n. 6.)
— 1. § 10. (348. n. 1.)
— 1. § 11. (336. n. 2. 352. n. 11.)
— 2. (352. n. 11.)
— 3. pr. (353. n. 3. 361. n. 3.)
— 3. § 2. (348. n. 1. 352. n. 11. 353. n. 3. 354. n. 1.)
— 3. § 3. (348. n. 1.)
Fr. 3. § 4. (348. n. 1. 359. n. 2.)
— 3. § 5. (341. n. 5. 348. n. 1. 360. n. 1.)
— 3. § 7. (354. n. 8. 9.)
— 3. § 8. (356. n. 3. 455. n. 21.)
— 3. § 9. (349. n. 8.)
— 3. § 10. (343. n. 3. 351. n. 5.)
— 3. § 11. (361. n. 2.)
— 3. § 12. (349. n. 5.)
— 3. § 13. (338. n. 3.)
— 3. § 14. (345. n. 1.)
— 3. § 15. (345. 348. n. 1.)
— 3. § 16. (345. n. 3.)
— 4. (348. n. 1. 353. n. 4.)
— 4. pr. (328. n. 3.)
— 5. pr. (343. n. 1.)
— 5. § 1. (341. n. 4. 5.)
— 5. § 2. (341. n. 5. 342. n. 3.)
— 5. § 3. (329. n. 3. 338. n. 3. 362. n. 2. 364. n. 5.)
— 5. § 4. (342. n. 6.)
— 6. pr. (354. n. 7.)
— 6. § 1. (354. n. 9.)
— 6. § 2. (348. 353. n. 2.)
— 6. § 4. (342. n. 6.)
— 6. § 6. (338. n. 3. 344. n. 4.)
— 7. pr. (350. n. 4.)
— 7. § 1. (353. n. 4.)
— 7. § 2. (336. n. 1.)
— 7. § 5. (338. n. 3. 343.)
— 7. § 8. (347.)
— 8. pr. (350. n. 3.)
— 8. § 1. (350. n. 3.)
— 10. (358. n. 7.)
— 11. (353. n. 3.)
— 13. (351. n. 10.)
— 14. (344.)
— 15. (342. n. 1.)
Lib. 37. Tit. 11.
De bonorum possessione secundum tabulas.
Fr. 2. § 1. (306. n. 2.)
— 5. (306. n. 2.)
— 6. (306. n. 3.)
Lib. 38. Tit. 6.
Si tabulæ testamenti nullæ exstabunt, unde legitimi.
Fr. 1. § 4. (345.)

Lib. 38. Tit. 9.
De successorio edicto.
Fr. 1. § 5. (362. n. 1.)
— 1. § 7. (360. n. 4.)
— 1. § 12. (327. n. 1.)
Lib. 38. Tit. 15.
Quis ordo in possessione servetur.
Fr. 2. § 1. (345. n. 2.)
Lib. 38. Tit. 16.
De suis et legitimis heredibus.
Fr. 1. § 4. (274. 275. n. 9.)
Lib. 38. Tit. 17.
Ad senatusconsultum tertullianum.
Fr. 2. § 3. (274. n. 2.)
— 2. § 11. (363. n. 2. 365. n. 5.)
— 2. § 12. (348.)
— 2. § 13. (363. n. 2.)
— 5. pr. (354. n. 9.)
Lib. 39. Tit. 1.
De operis novi nuntiatione.
Fr. 1. § 15. (391. 392.)
— 1. § 18. (393. n. 5.)
— 1. § 20. (125. n. 3.)
— 2. (105. n. 5.)
— 3. § 2. (109. n. 6.)
— 5. § 9. (110. n. 2.)
— 5. § 20. (422. n. 14.)
— 6. (422. n. 14.)
— 7. pr. (422. n. 14.)
— 9. (106. 110.)
— 9. § 4. (125. n. 3.)
— 14. (110. n. 2.)
— 15. (300. n. 3. 341. n. 4.)
Lib. 39. Tit. 2.
De damno infecto et de suggrundiis et protectionibus.
Fr. 4. § 1. (369. n. 5. 372. n. 1.)
— 4. §§ 5. 6. (369. n. 4.)
— 5. pr. (380.)
— 5. § 1. (374. n. 1. 2. 376. n. 2.)
— 7. pr. (375. n. 1. 390.)
— 7. § 1. (424.)
— 7. § 2. (369. n. 2. 370. n. 4.)
— 8. (369. n. 2.)
— 9. pr. (369. n. 2.)
— 9. §§ 1. 3. (391. n. 2.)
— 9. §§ 4. 5. (181. n. 1.)
— 10. (119. n. 6.)
Fr. 11. (111.)
— 12. (121. n. 3. 380.)
— 13. § 5. (115. n. 1.)
— 13. § 8. (111. n. 3.)
— 13. § 9. (112.)
— 13. § 11. (376. n. 4.)
— 14. § 11. (375. n. 3.)
— 15. § 12. (373. n. 3.)
— 15. § 13. (373. n. 6.)
— 15. § 14. (373. n. 6.)
— 15. § 15. (375. n. 2. 383. n. 3. 455. n. 17.)
— 15. § 16. (380.)
— 15. § 17. (383. n. 3. 8. 455. n. 18.)
— 15. § 18. (374. n. 2. 384. n. 9.)
— 15. § 19. (384. n. 12.)
— 15. § 21. (383. n. 5. 404. n. 8. 405. n. 2.)
— 15. § 22. (368. n. 2.)
— 15. § 25. (123. 124.)
— 15. § 26. (103. n. 23. 118. n. 1. 373. n. 4. 381. 382.)
— 15. § 27. (118. n. 1. 381. 382.)
— 15. § 28. (370.)
— 15. § 29. (368. n. 2.)
— 15. § 30. (462.)
— 15. § 31. (378. n. 1. 379. n. 3. 461. n. 28.)
— 15. § 32. (379. n. 2.)
— 15. § 34. (372. n. 6. 379. n. 4. 461. n. 27.)
— 15. § 35. (372. n. 6. 378. n. 1.)
— 15. § 36. (372. n. 5. 471. n. 14. 473. n. 26.)
— 16. (373. n. 3. 471. n. 14. 473. n. 26.)
— 17. pr. (471. n. 14. 472. n. 19.)
— 17. §§ 1—4. (471. n. 14.)
— 17. § 3. (472. n. 20.)
— 18. pr. (115.)
— 18. § 13. (471. n. 14.)
— 18. § 14. (471. n. 14.)
— 18. § 15. (69. n. 18. 471. n. 14. 474. n. 29.)
— 19. pr. (82. n. 2. 125. n. 3. 210. n. 2.)
— 19. § 1. (387.)
— 20. (120. n. 9.)

Fr. 22. pr. (119. n. 6.)
— 23. (377.)
— 24. pr. (385. n. 1. 393. n. 1.)
— 24. § 1. (117. n. 5.)
— 27. (376. n. 1.)
— 28. (461. n. 28.)
— 32. (378. n. 2.)
— 33. (19. n. 3.)
— 34. (19. n. 3. 20. n. 9.)
— 38. § 1. (372. n. 2. 373. n. 6.)
— 39. § 1. (394—396.)
— 39. § 2. (111. n. 2.)
— 40. § 3. (376. n. 1.)
— 40. § 4. (374. n. 2.)
— 44. pr. (369. n. 1. 372. n. 6.)
— 44. § 1. (122—124. 411. n. 10.)
— 45. (300. n. 3. 341. n. 4.)

Lib. 39. Tit. 4.

De publicanis, et vectigalibus, et commissis.

Fr. 6. pr. (230. n. 8.)
— 7. pr. (257. n. 10.)

Lib. 39. Tit. 5.

De donationibus.

Fr. 27. (100. n. 9.)

Lib. 39. Tit. 6.

De mortis causa donationibus et capionibus.

Fr. 17. (440. n. 10.)
— 18. § 3. (226. n. 1.)

Lib. 40. Tit 12.

De liberali causa.

Fr. 27. pr. (354. n. 1.)

Lib. 41. Tit. 1.

De acquirendo rerum dominio.

Fr. 37. pr. (143. n. 9.)
— 46. (168. n. 3. 175. n. 2. 569.)
— 52. (66.)
— 63. § 4. (613. n. 4. 624. n. 2.)

Lib. 41. Tit. 2.

De acquirenda vel amittenda possessione.

Fr. 1. § 15. (142. n. 2. 5. 143. n. 9.)
— 3. § 23. (297. n. 8. 348. n. 2.)
— 10. § 1. (148. n. 6.)
— 10. § 2. (149. n. 10.)
— 36. (142. n. 2. 142. n. 5. 148. n. 4.)
Fr. 37. (148. n. 3.)
— 40. § 1. (348. n. 2.)
— 52. § 2. (348. n. 2.)

Lib. 41. Tit. 3.

De usurpationibus et usucapionibus.

Fr. 4. § 21. (61. n. 9.)
— 16. (142. n. 2. 3. 5. 143. n. 8.)
— 33. § 4. (147.)
— 33. § 5. (86. n. 1.)
— 33. § 6. (148. n. 6. 149. n. 11. 12.)
— 44. § 5. (57—60.)

Lib. 41. Tit. 4.

Pro emtore.

Fr. 5. (61. n. 9.)
— 12. (60. 420.)

Lib. 41. Tit. 5.

Pro herede vel pro possessore.

Fr. 2. (429.)
Fr. 2. pr. (60.)

Lib. 42. Tit. 1.

De re iudicata, et de effectu sententiarum, et de interlocutionibus.

Fr. 4. § 8. (401.)
— 6. § 1. (398. 399.)
— 15. § 5. (163. n. 2. 496. n. 10. 582. n. 4.)
— 15. § 7. (219. n. 12. 573. n. 2.)
— 51. § 1. (471. n. 18.)

Lib. 42. Tit. 3.

De cessione bonorum.

Fr. 2. (526. n. 14.)

Lib. 42. Tit. 4.

Quibus ex causis in possessionem eatur.

Fr. 1. (282. n. 1. 348. n. 2.)
— 2. pr. (293. n. 5.)
— 3. (289. n. 3. 290. n. 7.)
— 3. pr. (290. n. 7.)
— 5. (289. n. 3. 436. n. 3.)
— 6. 285. n. 9. 473. n. 27.)
— 6. pr. (290. n. 7.)
— 6. § 1. (285. n. 8. 288. n. 3. 289. n. 2. 3. 290. n. 7. 436. n. 4.)
— 6. § 2. (289. n. 1. 290. n. 7. 297. n. 9.)
— 7. § 1. (283. n. 2.)
— 7. § 7. (447.)
— 7. § 9—11. (290. n. 4.)

Fr. 7. § 10. (285. n. 9.)
— 7. § 11. (290. n. 7. 298. n. 13.)
— 7. § 12. (290. n. 5.)
— 7. § 13. (284. n. 4. 448.)
— 7. § 14. (285. n. 9.)
— 7. § 15. (295. n. 4.)
— 8. (296. n. 3. 297. n. 9.)
— 9. (296. n. 3.)
— 10. (290. n. 6.)
— 13. (285. n. 7.)
— 14. § 1. (474. n. 28.)
— 14. § 2. (285. n. 9. 298. n. 11. 474. n. 27.)

Lib. 42. Tit. 5.

De rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendendis.

Fr. 1. § 3. (284. n. 6.)
— 4. (296. n. 3.)
— 5. (290. n. 8.)
— 6. (290. n. 7.)
— 9. pr. (458. n. 10.)
— 9. § 3. (299. n. 8.)
— 9. § 5. (456.)
— 12. pr. (285. n. 9. 442—444.)
— 13. (296. n. 2.)
— 17. § 1. (243. n. 12.)
— 19. pr. (243. n. 12.)
— 22. § 1. (289. n. 1. 297. n. 9.)
— 24. § 3. (512. n. 2. 526. n. 4.)
— 27. (317. n. 7.)
— 28. (284. n. 6. 290. n. 7.)
— 29. (299. n. 2.)
— 31. § 3. (295. n. 2. 476. n. 4.)
— 32. (438. n. 2.)
— 33. pr. (290. n. 7. 298. n. 12.)
— 33. § 1. (437. n. 5.)
— 34. (237. n. 19. 243. n. 12.)
— 35. (289. n. 5. 435.)
— 36. (284. n. 5.)
— 37. (31. n. 6. 237. n. 19.)
— 39. pr. (290. n. 3. 7. 298. n. 12.)
— 39. § 1. (289. n. 1. 290. n. 7.)

Lib. 42. Tit. 6.

De separationibus.

Fr. 1. § 1. (295. n. 1.)
— 1. § 5. (295. n. 1.)
— 1. § 6. (295. n. 1.)
— 4. pr. (295. n. 2. 476. n. 4.)
Fr. 4. § 1. (440. n. 10.)
— 5. (295. n. 1.)
— 6. pr. (295. n. 1. 440. n. 10.)

Lib. 42. Tit. 7.

De curatore bonis dando.

Fr. 1. pr. (296. n. 3.)
— 1. § 2. (333. n. 15.)
— 4. (299. n. 2.)
— 5. (299. n. 2.)

Lib. 42. Tit. 8.

Quæ in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.

Fr. 6. § 7. (444. n. 3. 453. n. 13.)
— 10. § 16. (453. n. 13.)
— 13. (142. n. 4. 441. 447. n. 6.)
— 19. (477. n. 6.)

Lib. 43. Tit. 1.

De interdictis sive extraordinariis actionibus.

Fr. 2. § 3. (17. n. 22.)

Lib. 43. Tit. 4.

Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est.

Fr. 1. pr. (467. 468.)
— 1. § 1. (470. n. 9.)
— 1. § 3. (469. n. 8.)
— 1. § 5. (285. n. 9.)
— 1. § 8. (471. n. 18. 472. n. 22. 473. n. 23.)
— 3. § 3. (358.)
— 4. § 2. (372. n. 5.)
— 4. § 2—4. (471. n. 14.)
— 4. § 3. (370. n. 3. 372. n. 5.)

Lib. 43. Tit. 5.

De tabulis exhibendis.

Fr. 1. § 14. (472. n. 22.)
— 3. § 15. (471. n. 18.)

Lib. 43. Tit. 8.

Ne quid in loco publico fiat.

Fr. 5. (386. n. 2.)

Lib. 43. Tit. 18.

De superficiebus.

Fr. 2. (103. n. 23.)

Lib. 43. Tit. 25.

De remissionibus.

Fr. 1. § 3. (104. 107. 108.)
— 1. § 4. (105. n. 3.)
— 1. § 5. (31. n. 4. 105. n. 7.)

Lib. 43. Tit. 26.
De precario et salviano interdicto.
Fr. 1. pr. (15. n. 14.)
— 1. § 1. (16. n. 16.)
— 2. (16. n. 18.)
— 4. pr. (147. n. 4. 148. n. 7.)
— 6. § 2. (149. n. 11.)
— 6. § 4. (148. n. 5.)
— 10. (147. n. 4.)
— 11. (142. n. 5. 148. n. 5.)
— 22. (149. n. 11.)
— 22. pr. (150. n. 13.)
Lib. 43. Tit. 32.
De migrando.
Fr. 1. § 5. (16. n. 17. 21. n. 14.)
— 12. (21. n. 14.)
Lib. 43. Tit. 33.
De salviano interdicto.
Fr. 1. pr. (145. n. 2.)
Lib. 44. Tit. 2.
De exceptione rei iudicatæ.
Fr. 5. (313. n. 1.)
— 19. (517. n. 1.)
— 30. § 1. (43. 45. 84—95.)
Lib. 44. Tit. 3.
De diversis temporalibus præscriptionibus et de accessionibus possessionum.
Fr. 14. §§ 1. 2. (160. n. 3.)
— 14. §§ 3. 5. (142. n. 4.)
— 14. § 5. (160. 175. n. 2.)
Lib. 44. Tit. 4.
De doli mali et metus exceptione.
Fr. 4. § 32. (70. n. 20.)
Lib. 44. Tit. 6.
De litigiosis.
Fr. 1. pr. (161. n. 5.)
Lib. 44. Tit. 7.
De obligationibus et actionibus.
Fr. 16. (148. n. 5.)
— 23. (641—643.)
— 28. (35. n. 16.)
Lib. 45. Tit. 1.
De verborum obligatione.
Fr. 8. (645. n. 6.)
— 22. (315. n. 3.)
— 52. pr. (311. n. 11.)
— 53. (315. n. 2.)
— 73. § 2. (651. n. 1.)
Fr. 77. (645. n. 8.)
— 121. (315. n. 3.)
Lib. 46. Tit. 1.
De fideiussoribus et mandatoribus.
Fr. 36. (525. n. 14. 531. 532.)
— 51. § 3. (163. n. 2.)
— 63. (163. n. 1. 164. n. 8. 10.)
— 68. § 1. (249. 258. n. 3. 259. 260. 602. n. 3.)
— 70. § 2. (101. n. 12.)
Lib. 46. Tit. 2.
De novationibus et delegationibus.
Fr. 9. pr. (312. n. 5. 313. n. 4.)
— 29. (528. n. 7.)
— 30. (528. n. 11.)
Lib. 46. Tit. 3.
De solutionibus et liberationibus.
Fr. 1. (602. n. 1.)
— 5. § 2. (602. n. 3. 4.)
— 26. (216. n. 8. 587. 588. 589.)
— 30. (651. n. 1.)
— 44. (587.)
— 49. (48. 73.)
— 66. (124. n. 6.)
— 69. (400.)
— 72. pr. (651. n. 1.)
— 73. (603. 604.)
— 76. (525. n. 14. 534. n. 8.)
— 95. § 3. (593.)
— 96. § 3. (491. n. 2. 496. n. 9. 605.)
— 98. pr. (226. n. 3.)
— 101. § 1. (602.)
Lib. 46. Tit. 5.
De stipulationibus prætoriis.
Fr. 1. § 2. (302. n. 2. 313. n. 3.)
— 1. § 4. (313. n. 3.)
— 5. (312. n. 14.)
— 8. (306. n. 2.)
Lib. 47. Tit. 2.
De furtis.
Fr. 15. pr. (615. n. 9.)
— 56. pr. (151. n. 5.)
— 63. § 8. (147. n. 3.)
— 63. § 9. (417. n. 30.)
— 69. pr. (216. n. 7.)
— 75. (171. 178. n. 7. 189. n. 1.)
— 81. (614. n. 5.)

Lib. 47. Tit. 4.
Si is, qui testamento liber esse iussus erit, post mortem domini etc. surripuisse etc. quid dicetur.
Fr. 1. pr. (66. n. 1.)
Lib. 47. Tit. 8.
Vi bonorum raptorum.
Fr. 2. § 20. (235. n. 13.)
Lib. 47. Tit. 10.
De iniuriis et famosis libellis.
Fr. 15. § 32. (183. n. 1.)
Lib. 48. Tit. 5.
Ad legem iuliam de adulteriis.
Fr. 11. § 9. (351. n. 10.)
Lib. 48. Tit. 10.
De lege cornelia de falsis et de senatusconsulto liboniano.
Fr. 1. § 9. (236. n. 17.)
Lib. 48. Tit. 13.
Ad legem iuliam peculatus.
Fr. 9. § 6. (237. n. 19. 238. n. 21. 240. n. 1.)
— 12. (240. n. 2.)
Lib. 48. Tit. 16.
Ad senatusconsultum turpillianum.
Fr. 1. § 14. (308. n. 1.)
Lib. 49. Tit. 5.
De appellationibus recipiendis vel non.
Fr. 7. § 2. (173. n. 5.)
Lib. 49. Tit. 14.
De iure fisci.
Fr. 3. § 8. (237. n. 19.)
— 6. pr. (237. n. 19. 240. n. 1.)
— 6. § 1. (238. n. 19. 254. n. 3.)
— 17. (237. n. 18.)
— 18. § 10. (240. n. 2.)
— 21. (240. n. 2.)
— 28. (260—265.)
— 33. (238. n. 19.)
— 37. (237. n. 18. 238. n. 19.)
— 46. § 3. (252. n. 5.)
— 47. pr. (240. n. 2. 249.)
— 48. § 1. (237. n. 18.)
Lib. 49. Tit. 15.
De captivis et de postliminio etc.
Fr. 12. § 2. (277. n. 2.)
— 12. § 8. (277. n. 1. 278. n. 2.)
Fr. 12. § 9. (278. n. 2.)
— 12. § 12. (509. 510. 521. n. 3. 522. n. 7.)
— 12. § 13. (274. n. 5.)
— 12. § 17. (277. n. 2.)
— 12. § 18. (280. n. 1.)
— 15. (274. n. 3. 276. n. 10.)
— 19. § 9. (274. n. 3. 5. 278. n. 4.)
— 21. (274. n. 3.)
— 21. pr. (274. n. 1. 2. 276. n. 10.)
Lib. 50. Tit. 1.
Ad municipalem et de incolis.
Fr. 3. § 8. (238. n. 19.)
— 10. (238. n. 19.)
Lib. 50. Tit. 4.
De muneribus et honoribus.
Fr. 1. § 4. (297. n. 9.)
— 6. § 1. (241. n. 6.)
Lib. 50. Tit. 6.
De iure immunitatis.
Fr. 5. §§. 10. 11. (250.)
Lib. 50. Tit. 12.
De pollicitationibus.
Fr. 2. pr. (226. n. 2.)
Lib. 50. Tit. 15.
De censibus.
Fr. 5. pr. (525. n. 14.)
— 5. § 1. (257. n. 10.)
— 5. § 2. (256. 257. n. 10.)
Lib. 50. Tit. 16.
De verborum significatione.
Fr. 2. (633. n. 7.)
— 25. (136. n. 5.)
— 38. § 2. (633. n. 7.)
— 49. (66. n. 1.)
— 53. pr. (218. n. 10.)
— 57. §. 1. (302. n. 2.)
— 86. (100. n. 9.)
— 121. (150. n. 4.)
— 186. (632. n. 5.)
Lib. 50. Tit. 17.
De regulis iuris.
Fr. 29. (552.)
— 52. (292. n. 3.)
— 73. § 4. (163. n. 3.)
— 158. (572. n. 1.)
— 205. (248. 267. n. 6.)

Codex.

Lib. 2. Tit. 13.
De procuratoribus.
L. 3. (284. n. 6.)
Lib. 2. Tit. 51.
De restitutionibus militum et eorum, qui reipublicæ causa absunt.
L. 4. (289. n. 5. 2.)
Lib. 3. Tit. 19.
Ubi in rem actio exerceri debeat.
L. 2. (300. n. 5. 6.)
Lib. 3. Tit. 31.
De hereditatis petitione.
L. ult. pr. (361. n. 3.)
— ult. § 2. (361. n. 7.)
Lib. 3. Tit. 37.
Communi dividundo.
L. 2. (163. n. 2. 199. n. 11.)
Lib. 4. Tit. 2.
Si certum petatur.
L. 8. (600. n. 1.)
Lib. 4. Tit. 9.
De condictione ex lege, et sine causa vel iniusta causa.
L. 1. (239. n. 19.)
Lib. 4. Tit. 10.
De obligationibus et actionibus.
L. 7. (176.)
— 10. (587.)
Lib. 4. Tit. 15.
Quando fiscus vel privatus debitoris sui debitores exigere possit vel debeat.
L. 3. und 4. (237. n. 19.)
Lib. 4. Tit. 22.
Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur.
L. 3. (163. n. 3.)
Lib. 4. Tit. 24.
De pignoraticia actione vel contra.
L. 1. (151. n. 4.)
— 2. (150. n. 1. 2. 151. n. 4.)
— 3. (151. n. 4. 153. n. 10.)
— 4. (163. n. 1. 166. 173. n. 1. 606.)
— 9. (151. n. 5. 170. n. 10.)
— 10. (169. n. 5. 651. n. 5.)
— 12. (651. n. 5.)
Lib. 4. Tit. 29.
Ad senatusconsultum velleianum.
L. 7. (168. n. 3.)
Lib. 4. Tit. 32.
De usuris.
L. 4. (595—597.)
— 6. (651. n. 2.)
— 11. (148.)
— 17. (152. n. 8.)
— 19. (47. 73. 651—653.)
— 21. (602. n. 4.)
— 22. (595—599.)
— 27. § 1. (600. n. 2. 3. 601. n. 4. 602. n. 4.)
Lib. 4. Tit. 35.
Mandati vel contra.
L. 19. (600. n. 3.)
Lib. 4. Tit. 46.
Si propter publicas pensitationes venditio fuerit celebrata.
L. 1. (256.)
— 2. (257. n. 10.)
— 3. (257. n. 1. 258. n. 8.)
Lib. 4. Tit. 51.
De rebus alienis non alienandis &c.
L. 6. (168. n. 3.)
Lib. 4. Tit. 53.
Rem alienam gerentibus non interdici rerum suarum alienationem.
L. un. (248. 267. n. 6.)
Lib. 4. Tit. 65.
De locato et conducto.
L. 5. (21—23.)
— 13. (533. n. 6.)
Lib. 5. Tit. 9.
De secundis nuptiis.
L. 6. § 2. (96. n. 9. 269. n. 1.)
Lib. 5. Tit. 12.
De iure dotium.
L. 30. (95. n. 8. 245. n. 18.)
Lib. 5. Tit. 13.
De rei uxoriæ actione &c.
L. un. § 1. (267. n. 5. 270. n. 4. 6.)
— — § 15. (246. n. 21.)

Lib. 5. Tit. 14.
De pactis conventis tam super dote, quam super donatione ante nuptias et paraphernis.
L. 11. (270. n. 5.)
Lib. 5. Tit. 22.
Ne pro dote bona quondam mariti addicantur &c.
L. un. (296. n. 3.)
Lib. 5. Tit. 30.
De legitima tutela.
L. 5. (267. n. 5.)
Lib. 5. Tit. 35.
Quando mulier officio tutelæ fungi potest.
L. 2. (268. n. 9.)
— 3. (267. n. 5.)
Lib. 5. Tit. 37.
De administratione tutorum, vel curatorum &c.
L. 17. (268. n. 7.)
— 18. (176. 178. 183. n. 7.)
— 20. (268. n. 8.)
Lib. 5. Tit. 41.
Ne tutor vel curator vectigalia conducat.
L. un. (236. n. 17.)
Lib. 5. Tit. 51.
Arbitrium tutelæ.
L. 10. (268. n. 7.)
Lib. 5. Tit. 58.
De contrario iudicio tutelæ &c.
L. 2. (525. n. 14.)
Lib. 5. Tit. 70.
De curatore furiosi vel prodigi.
L. 7. § 3. (364. n. 1.)
— 7. § 5. (267. n. 5.)
— 7. § 5. 6. (268. n. 10.)
Lib. 6. Tit. 2.
De furtis et servo corrupto.
L. 21. (142. n. 6. 410. n. 9. 413. n. 3.)
Lib. 6. Tit. 17.
De carboniano edicto,
L. 1. (336. n. 4. 338. n. 5.)
Lib. 6. Tit. 30.
De iure deliberandi, et de adeunda vel acquirenda hereditate.
L. 22. § 4. (400. n. 8.)
Lib. 6. Tit. 37.
De legatis.
L. 10. (129. n. 11.)
Lib. 6. Tit. 42.
De fideicommissis.
L. 6. (131. n. 1.)
Lib. 6. Tit. 43.
Communia de legatis et fideicommissis.
L. 1. (272. n. 5. 324. n. 1. 325. 326.)
Lib. 6. Tit. 54.
Ut in possessionem legatorum seu fideicommissorum servandorum causa mittatur etc.
L. 3. (428.)
— 5. (478. n. 9.)
— 6. (319. n. 1.)
Lib. 6. Tit. 61.
De bonis, quæ liberis in potestate &c. constitutis &c. acquiruntur.
L. 6. § 4. (269. n. 2.)
Lib. 7. Tit. 8.
De servo pignori dato manumisso.
L. 2. (237. n. 9. 247. n. 7. 251. n. 1. 269. n. 14.)
— 3. (269. n. 14.)
— 6. (269. n. 13. 14.)
Lib. 7. Tit. 26.
De usucapione pro emtore vel transactione.
L. 6. (61. n. 9.)
Lib. 7. Tit. 39.
De præscriptione XXX vel XL annorum.
L. 7. §§ 2. 3. (541. n. 2.)
— 8. § 1. (101. n. 13.)
Lib. 7. Tit. 45.
Quomodo et quando iudex sententiam proferre debeat etc.
L. 7. (301. n. 6.)
Lib. 7. Tit. 51.
De fructibus et litium expensis.
L. 2. (216. n. 6.)
Lib. 7. Tit. 71.
Qui bonis cedere possunt.
L. 4. (299. n. 2.)
Lib. 7. Tit. 72.
De bonis auctoritate iudicis possidendis.
L. 1. (440. n. 10.)

L. 5. (296. n. 3.)
— 6. (296. n. 3. 299. n. 2.)
— 9. (283. n. 2. 285. n. 9. 299. n. 2.)
— 10. (299. n. 2. 452.)

Lib. 7. Tit. 73.
De privilegio fisci.
L. 1. (249. n. 15.)
— 2. (237. n. 19. 251. n. 1.)
— 3. (240. n. 2. 250.)
— 5. (240. n. 2.)

Lib. 7. Tit. 74.
De privilegio dotis.
L. un. (243. n. 12.)

Lib. 8. Tit. 6.
Uti possidetis.
L. un. (300. n. 3. 341. n. 2.)

Lib. 8. Tit. 9.
De precario et salviano interdicto.
L. 1. (14. n. 12. 17. n. 22.)

Lib. 8. Tit. 14.
De pignoribus et hypothecis.
L. 2. (185.)
— 9. (152. n. 6.)
— 10. (178. 179.)
— 14. (267. n. 6.)
— 15. (267. n. 6.)
— 17. (268. n. 12.)
— 19. (588. n. 6.)
— 22. (512. 514. 524. n. 11.)

Lib. 8. Tit. 15.
In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.
L. 1. (225. n. 1. 256.)
— 2. (251.)
— 3. (146. n. 3. 154. n. 2.)
— 4. (237. n. 19. 238. n. 20. 22. 244. n. 15.)
— 6. (268. n. 9.)

Lib. 8. Tit. 16.
Si aliena res pignori data sit.
L. 5. (30. n. 19. 546. 547.)
— 6. (48.)

Lib. 8. Tit. 17.
Quæ res pignori obligari possunt.
L. 7. (258. n. 5.)
— 9. (173. n. 3.)

Lib. 8. Tit. 18.
Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur &c.
L. 1. (502. n. 2. 514.)
— 2. (438. 488. n. 6.)
— 3. (438. n. 1. 448. 449.)
— 5. (515.)
— 6. (580.)
— 8. (485. 516. n. 2.)
— 12. (270. n. 4. 271. n. 3.)
— 12. pr. (243. n. 12.)
— 12. § 2. (270. n. 6.)

Lib. 8. Tit. 19.
De his, qui in priorum creditorum locum succedunt.
L. 1. (526. n. 1.)
— 3. (522. n. 5. 524. n. 3. 582. n. 5.)
— 4. (511. 582. n. 5.)

Lib. 8. Tit. 20.
Si antiquior creditor pignus vendiderit.
L. 1. (93. n. 14. 170. n. 10. 491. n. 2. 539. n. 1. 580.)
— 2. (561. n. 3.)

Lib. 8. Tit. 22.
De prætorio pignore.
L. 1. (466. n. 2.)
— 2. (464.)

Lib. 8. Tit. 24.
Si pignus pignori datum sit.
L. 1. (168. n. 3.)

Lib. 8. Tit. 25.
De partu pignoris et omni causa.
L. 1. (145.)
— 2. (150. n. 2. 153. n. 10.)

Lib. 8. Tit. 26.
De remissione pignoris.
L. 2. (169. n. 7. 572. n. 1.)
— 4. (572. n. 2.)
— 9. (572. n. 1.)
— 10. (267. n. 6.)

Lib. 8. Tit. 27.
Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse.
L. un. (499. n. 5.)

Lib. 8. Tit. 28.
De distractione pignorum.
L. 1. (152. n. 7.)

L. 2. (150. n. 13. 161. n. 5.)
— 4. (182. n. 6. 183. n. 7. 183. n. 1. 186. n. 5.)
— 5. (647.)
— 7. (171. n. 1. 607. n. 8.)
— 8. (171. n. 1.)
— 9. (185.)
— 10. (163. n. 3. 167. 168.)
— 11. (173. n. 4.)
— 12. (267. n. 6.)
— 13. (169. n. 6.)
— 14. (173. n. 4.)
— 15. (168. n. 3.)
— 16. (173. n. 4.)
— 17. (173. n. 4.)
— 18. (168. n. 3. 570.)
— 19. (173. n. 4.)
— 20. (166. n. 2.)

Lib. 8. Tit. 29.

Debitorem venditionem pignoris impedire non posse.

L. 1. (173. n. 4. 174. n. 9.)
— 2. (161. n. 4. 646. n. 9. 651. n. 4.)

Lib. 8. Tit. 30.

Si vendito pignore agatur.

L. 1. (607. n. 8.)
— 2. (171.)
— 3. (607. n. 8.)
— 4. (184. n. 2.)
— 5. (173. n. 4.)

Lib. 8. Tit. 33.

Si pignoris conventionem numeratio pecuniæ secuta non sit.

L. 1. (45—47. 73.)

Lib. 8. Tit. 34.

De iure dominii impetrando.

L. 1. (184. 624. n. 2.)
— 2. (624. n. 2.)
— 3. (624. 625.)
— 3. pr. (184. n. 1.)
— 3. § 1. (180.)

Lib. 8. Tit. 35.

De pactis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindenda.

L. 1. (176. n. 2. 618.)
— 3. (617. 617. n. 3.)

Lib. 8. Tit. 37.

De litigiosis.

L. 1. (161. n. 5.)

Lib. 8. Tit. 38.

De contrahenda et committenda stipulatione.

L. 12. (645.)

Lib. 8. Tit. 41.

De fideiussoribus et mandatoribus.

L. 2. (530. n. 1. 532. n. 5. 537.)

Lib. 8. Tit. 43.

De solutionibus et liberationibus.

L. 5. (542. n. 3.)
— 9. (652.)

Lib. 8. Tit. 45.

De evictionibus.

L. 5. (569. n. 6.)
— 11. (568. n. 3.)
— 18. (569. n. 8.)
— 27. (569. n. 8.)
— 29. pr. (569. n. 4.)
— 31. (568. n. 3.)

Lib. 8. Tit. 46.

Creditorem evictionem pignoris non debere.

L. 1. (561. n. 4. 562. 563. n. 11. 568. n. 2.)
— 2. (561. n. 4. 563. n. 11. 568. n. 2.)

Lib. 8. Tit. 51.

De postliminio reversis et redemtis ab hostibus.

L. 1. (274. n. 1.)
— 2. (274. n. 1. 2. 3.)
— 5. (274. n. 1.)
— 7. (274. n. 1.)
— 8. (274. n. 3. 276. n. 11.)
— 11. (274. n. 1. 2. 3.)
— 12. (274. n. 1.)
— 13. (274. n. 1. 2.)
— 15. (274. n. 1.)
— 16. (274. n. 2.)
— 17. (274. n. 1.)
— 20. (274. n. 5. 276. n. 11.)

Lib. 9. Tit. 12.

Ad legem iuliam de vi publica.

L. 1. (244. n. 13. 251. n. 1. 258. n. 1.)

Lib. 9. Tit. 49.
De bonis proscriptorum et damnatorum.
L. 9. (244. n. 13.)
Lib. 10. Tit. 1.
De iure fisci.
L. 1. (249.)
Lib. 10. Tit. 7.
Pœnis fiscalibus creditores præferri.
L. un. (237. n. 18.)
Lib. 10. Tit. 11.
De delatoribus.
L. 8. § 5. (300. n. 5.)
Lib. 10. Tit. 16.
De annonis et tributis.
L. 2. (230. n. 8.)
— 3. (230. n. 8.)
Lib. 10. Tit. 70.
De susceptoribus, præpositis et arcariis.
L. 2. (238. n. 22.)
Lib. 12. Tit. 63.
De primipilo.
L. 3. (237. n. 19. 238. n. 20. 244. n. 15.)

Novellæ.

7. c. 3. (270.)
18. c. 10. (300. n. 6.)
22. c. 40. (276. n. 5.)
22. c. 41. (326. n. 2.)
22. c. 44. (270.)
94. c. 1. (276. n. 5.)
98. c. 1. (270.)
109. c. 1. (270.)
118. c. 5. (267. n. 5.)

Uebrige Quellen.

Ambrosii epistolæ V. 24. (215. n. 6.)
Asconius (Pseudo-) in Cicer. Verr. II. 1. 54. (219. n. 13. 223. n. 1. 3.)
Cicero pro Balbo c. 20. (219. n. 16.)
epist. famil. XIII. 56. (617. n. 2.)
pro Flacco c. 38. (218. n. 8.)
de lege agraria. (224. n. 1.)
Philippica II. c. 31. (219. n. 13.)
pro Quinctio c. 8. (437. n. 5.)
c. 19. (283. n. 2. 286. 287.)
in Verrem II. 1. 54. (219. n. 13.)
Collatio II. 3. (433. 434. 630. n. 9.)
Consultatio VI. (631. n. 11.)
Dasumii testamentum. (228. n. 4.)
Festus v. Manceps. (218. n. 6.)
Festus v. Nancitor. (6.)
v. Præs. (221. n. 1.)
v. Vindiciæ. (214. n. 6.)
Fragmentum de iure fisci § 5. (225. n. 1. 235. n. 16.)
Fragmenta vaticana § 91. (100. n. 9.)
§ 92. (300. n. 3. 341. n. 4.)
§ 93. (341. n. 4.)
Fragmentum vindobonense II. l. 20. (341. n. 4.)
Gaius.
II. § 60. (148. n. 1.)
II. § 61. (219. n. 16.)
II. § 64. (159. 208. n. 1.)
II. § 65. (159.)
II. § 154. (297. n. 6.)

III. § 20. (285. n. 9.)
III. § 77. (294. n. 2.)
III. § 78. (284. n. 6. 288. 296. n. 3.)
III. § 79. (297. n. 10.)
III. § 84. (295. n. 5.)
IV. § 26. (235. n. 11.)
IV. § 31. (231. n. 9.)
IV. § 80. (295. n. 5.)
IV. § 102. (297. n. 6. 437. n. 5.)
Gruteri Inscriptiones 456. 1. (228. n. 3.)
Horatii Satyr. I. 9. 74. (291. n. 2.)
Isidori orig. V. 24. (484. n. 15.)
V. 25. (26. n. 5. 147. n. 4. 148. n. 7.)
Lex rubria gall. cisalp. c. 20. (371. 372.)
c. 21. (298. n. 1.)
c. 22. (294. n. 1.)
Lex romana burgundion. t. VIII. (649.)
t. XV. (151. n. 2.)
t. XXXV. (649.)
Lex thoria c. XX. XXI. XXXV. (217. 218.)
Novella Valentiniani III. de testamentis 1. § 5. (366. n. 5.)
Paulus R. S. I. 9. § 8. (629. n. 6.)
I. 11. § 1. (300. n. 3. 341. n. 3. 344. n. 5.)
I. 13 B. §§ 8. 9. (215. n. 6.)
I. 17. § 1. (57. n. 3.)
II. 4. (631. n. 11. 632. n. 4. 634. n. 1.)
II. 5. § 1. (164. n. 7. 176. 177. 183. 183. n. 7. 630. n. 7.)
II. 5. § 2. (146. 154. n. 3.)
II. 5. § 3. (626. n. 20.)
II. 13. § 1. (629. n. 2.)
II. 13. § 2. (630. n. 9.)
II. 13. § 3. (629. n. 5.)
II. 13. § 4. (629. n. 4.)
II. 13. § 5. (178. n. 8. 183. n. 7. 630. n. 8.)
II. 13. § 7. (629. n. 3.)
II. 13. § 8. (505—508. 522. n. 5. 631. n. 12.)
Paulus R. S. III. 1. § 1. (356. n. 4.)
III. 6. § 8. (133.)
III. 6. § 16. (631. n. 11.)
III. 6. § 69. (630. n. 10.)
IV. 1. § 15. (316. n. 1. 323.)
IV. 7. § 6. (472. n. 22.)
V. 1. § 1. (631. n. 11.)
V. 5. B. § 1. (290. n. 3. 299. n. 7. 298. n. 12.)
V. 5. B. § 2. (289. n. 1. 290. n. 7.)
V. 6. § 7. (148. n. 7.)
V. 6. § 11. (150. n. 13.)
V. 6. § 16. (17. n. 22.)
V. 9. §§ 1. 2. (215. n. 6.)
V. 12. § 10. (237. n. 19. 243. n. 12.)
V. 12. § 12. (235. n. 15.)
V. 26. § 24. (631. n. 11. 632. n. 4.)
V. 33. § 2. (483. n. 12.)
Plinii epistolae III. 19. (254. n. 5.)
VII. 18. (229. 230.)
X. 110. (238. n. 19.)
Scholia bobiensia ad orationem pro Flacco. c. 32. (218. n. 8. 223. n. 2.)
Suetonii Claudius. c. 9. (219. n. 14.)
Syntrophi instrumentum donationis. (228. n. 4.)
Tabula alimentaria bæbianorum. (227.)
Tabula alimentaria veleiatium. (227. 230. 231.)
Tabula heracleensis l. 42. 43. (288. n. 3.)
Theodosianus Codex.
Lib. 1. Tit. 10.
De officio iudicum omnium.
L. 1. (257. n. 1.)
Lib. 2. Tit. 30.
De pignoribus.
L. 1. (244. n. 13. 258. n. 5.)
Lib. 3. Tit. 19.
De administratione et periculo tutorum et curatorum.
L. 1. (268. n. 8.)

Lib. 4. Tit. 7.
De testamentis et codicillis.
L. 7. pr. (366. n. 4.)
Lib. 4. Tit. 18.
De fructibus et litis expensis.
L. 1. (215. n. 6.)
Lib. 4. Tit. 19.
De usuris rei iudicatæ.
L. 1. pr. (215. n. 6.)
Lib. 5. Tit. 5.
De postliminio.
L. 2. (274. n. 5.)
Lib. 10. Tit. 1.
De iure fisci.
L. 17. (238. n. 22.)
Lib. 10. Tit. 16.
De fisci debitoribus.
L. 4. (237. n. 19.)
Lib. 10. Tit. 17.
De fide et iure hastæ.
L. 1. (258. n. 1.)
Lib. 11. Tit. 7.
De exactionibus.
L. 7. (258. n. 4.)
— 16. (258. n. 1.)
Lib. 11. Tit. 9.
De distrahendis pignoribus, quæ tributorum causa tenentur.
L. 1. (257. n. 11. 258. n. 6.)
— 2. (257. n. 11. 258. n. 6.)
Lib. 11. Tit. 24.
De patrociniis vicorum.
L. 6. § 5. (257. n. 10)
Lib. 11. Tit. 36.
Quorum appellationes non recipiantur.
L. 26. (365. n. 1.)
Lib. 12. Tit. 6.
De susceptoribus, præpositis et arcariis.
L. 1. (238. n. 22.)
Tiberii Iulii Alexandri edictum. (239-247.)
Varro de lingua latina l. V. p. 180. *ed. Müller.* (484. n. 13.)
VI. (221. n. 1.)

Berichtigungen.

S.	6. n. 5.	lies	Hec.	statt	Hac.
—	49. letzte Zeile	-	dare	-	dari.
—	99. letzte Zeile	-	Beziehungen	-	Bezeichnungen.
—	112. Zeile 10	-	hiegegen	-	hingegen.
—	112. Zeile 27	-	den	-	dem.
—	113. Zeile 21	-	hiegegen	-	hingegen.
—	113. Zeile 23	-	dessen	-	diesen.
—	115. Zeile 10	-	Voetius	-	Vortius.
—	117. n. 5	-	Voetius	-	Vortius.
—	120. Zeile 11	-	Eviction	-	Eriction.
—	120. n. 9 letzte Z.	-	Fr. 21.	-	2. 21.
—	128. n. 9 l. Z.	-	die Compilatoren	-	Compilatoren.
—	145. Zeile 12	-	causa	-	casu.
—	146. n. 3	-	aperte	-	apperte.
—	151. n. 5	-	De instr.	-	De iustr.
—	151. n. 5	-	De suppell. leg. (XXXIII. 10.)	-	De suppell. leg. (XXXIV. 1.)
—	188. n. 1 Z. 3.	-	Cod.	-	eod.
—	188. n. 1 Z. 4.	-	Plancianæ	-	Plaucianæ.
—	189. Zeile 9	-	pignori	-	pignora.
—	229. Zeile 15	-	desselben	-	derselben.
—	229. Zeile 16	-	Municipien	-	Municipion.
—	229. n. 6	-	meum	-	meis.
—	232. n. 1	-	Zonaras	-	Zonaros.
—	245. n. 18	-	Ad leg. aquil. (IX. 2.)	-	Ad leg. aquil. (XXV. 2.)
—	287. Zeile 8	-	Quintius	-	Quintus.
—	288. Zeile 1	-	ebenerwähnte	-	obenerwähnte
—	289. n. 1	-	Paulus R. S. lib. V. 5. B. § 2	-	Paulus R. S. lib. V. 56. § 2
—	290. n. 3. letzte Z.	-	Paulus R. S. lib. V. 5. B. § 1	-	Paulus R. S. lib. V. 5. 6. § 1
—	290. n. 7 zweimal	-	Paulus R. S. lib. V. 5. B. § 2	-	Paulus R. S. lib. V. 56. § 1.
—	302. n. 2	-	§ 2. I. de div. stip. (III. 18.)	-	§ 2. I. de div. stip. (III. 17.)

S. 302. n. 2	lies	De stip. præt. (XLVI. 5.)	statt	De stip. præt. (XLVI. 4.)
— 315. Zeile 16	-	heredem	-	heredum.
— 344. n. 4.	-	n. 1)	-	n. 4)
— 344. n. 5.	-	n. 2)	-	n. 5)
— 383. Zeile 18	-	mit	-	im
— 424. Zeile 18	-	ipsæ	-	ipsa
— 430. Zeile 22	-	arbitrum	-	abitrum.
— 466. Zeile 8	-	des	-	der.
— 477. Zeile 14	-	Bedingung	-	Beendigung.
— 477. n. 6	-	De leg. III.	-	De leg. II.
— 496. Zeile 15	-	pactus	-	pactum.
— 536. Zeile 13	-	gegen	-	an.
— 564. n. 1	-	Fr. 59. § 4.	-	Fr. 59. § 3.

Druck der SCHWEIGHAUSER'schen Buchdruckerei in Basel.

AUG 5 1896

Gewidmet von
G. W. Freise

AUG 5 1896

AUG 5 1896

AUG 5 1896

AUG 5 1890

Das römische Pfandrecht.
Widener Library 003938751
3 2044 080 864 705